ÜBER

DIE GEFAHR BEIM TRÖDELVERTRAGE

NACH RÖMISCHEM RECHTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VON DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU BERLIN

GENEHMIGT UND ÖFFENTLICH
MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN ZU VERTHEIDIGEN

AM 19. SEPTEMBER 1893, MITTAGS 12 UHR

VON

RICHARD GLUM
GERICHTS-REFERENDAR ZU CLEVE.

OPPONENTEN:

PRIVAT-DOZENT DR. PHIL. E. LIESEGANG.
GERICHTS-REFERENDAR DR. JUR. W. DANIELS.
HEINRICH REINHOLD.

BERLIN 1893
DRUCK VON J. S. PREUSS
LEIPZIGER-STR. 31/32.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535703_0055

Uebersicht.

Seite

Cap. I. Stand der Frage . . . . . 7—35

1. Ansichten, welche den beiden widerstreitenden Stellen (l 1 § 1 D 19.3 und l 17 § 1 D 19.5) denselben Thatbestand zu Grunde legen . . . . . 9—22
   a. Widerspruch. Dernburg; Liebert.
   b. Vereinigung. Liebert, Emmerich, Chambon.
   c. Wendt.
2. Ansichten, welche den beiden Stellen verschiedene Thatbestände zu Grunde legen . . . . . 22—35
   a. Puchta.
   b. Brinz, Ihering, Liebert.
   c. Lipp, Cohn.

Resultat. 35

Cap. II. Titel 19.3 36

1. Stellung der Compilatoren zu ihm. Was ist an ihm echt? . . . . . 36—43
2. rem aestimatam vendendam dare . . . . . 43—58
   a. Zu welchen anderen Thatbeständen ist es gestellt?
      α. in den Pandekten. actio praescriptis verbis.
      β. bei Ulpian.
      γ. bei Julian und Gains, Lenel.
      δ. bei Paulus, Lenel.
      ε. beim Praetor.

Seite

b. Lag das Bedürfnis einer Klage vor?
c. Ist die Normierung der Gefahr in l. 1 D. 14.3 erklärlich?

Cap. III. Vendendum dare . . . . . 59—66

1. Terminus technicus? Brinz, Liebert. Mandat? . 60—62
2. Verschleiertes Darlehen . . . . . 62—64
3. Societät . . . . . 64—66

Cap. IV. l. 1 § 1 D. 19. 3 und l. 17 § 1 D. 19. 5 . . . . . 67—78

Capitel I.

Stand der Frage.

Der dritte Titel des neunzehnten Buches der Digesten führt die Ueberschrift de aestimatoria. Aus ihm haben schon die Glossatoren, wie sie das Gesetzeswerk der Römer schrittweise und gründlich durchforschten, einen besonderen contractus aestimatorius herausgeschält. Seitdem in deutscher Sprache römisches Recht bearbeitet wird, hat dieser Vertrag den Namen Trödelvertrag erhalten.

So lange man Kommentare schrieb, schloss man seine Besprechung an jenen Pandektentitel an, später gab man ihm eine Stelle im modernen Pandektensysteme, bald bei den Innominatkontrakten, bald bei dem Kaufe, bald beim Mandate.

Die Definition des Vertrages in den Lehrbüchern entspricht heute im allgemeinen der Beschreibung Dernburgs[1]): Beim Trödelvertrage übergiebt man eine Sache dem Trödler zum Verkaufe unter einer Taxe mit der Vereinbarung, dass er die Sache oder die Taxsumme zurückgebe.

---

[1]) Pandekten Band II. 3. Auflage. S. 321.

Von jeher hat man nun ausser dem genannten Titel noch andere Stellen des überlieferten römischen Rechtes dem Trödelvertrage zugerechnet, so fast immer l. 17 § 1 D. 19,5 Ulpianus libro 28 ad edictum und Paulus Sententiae II IV 4. Diese Zusammenstellung erschien den meisten Bearbeitern geboten, bereitete ihnen aber grosse Schwierigkeit; liefen doch diese beiden Fragmente der einzigen Norm, welche in dem dritten Titel des 19. Buches enthalten ist, schnurstracks zuwider:

Hier wird das periculum ohne Einschränkung dem Trödler aufgebürdet, dort dreifach hinsichtlich der Gefahrtragung unterschieden.

Wie das zu erklären, der Frage hat man seit der Zeit der Glossatoren gegenüber gestanden, und der Streit um sie ist unserer Ansicht nach auch heute noch nicht entschieden, obwohl in allerjüngster Vergangenheit zwei neue Streiter, jeder mit anderen Waffen, auf dem Kampfplatz erschienen sind: Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelkontrakt, Heidelberg 1880, dem sich Cohn, der Trödelvertrag nach gemeinem Recht, Berliner I.-D., Stettin 1890, in Bezug auf die Gefahrtragung im Wesentlichen anschliesst und Liebert, Beiträge zur Lehre vom Contractus aestimatorius, Berliner I.-D., Berlin 1890[1]).

Eine Geschichte der bis auf ihn gemachten Versuche zur Lösung des Rätsels hat Chambon[2]) geschrieben. Die seitdem hinzugekommenen Ansichten sind bei den beiden neuesten Bearbeitern der Frage

---

[1]) Friedrichs: Trödelvertrag und Conditionsvertrag, Breslauer J. D. 1890, schweigt über die Gefahr vollständig.

[2]) Beiträge zum Obligationen-Recht, Band I, Jena 1851.

sorgfältig aufgezählt[1]). Wenn wir sie alle zusammenfassen, so zerfallen die sämtlichen Ansichten in zwei Gruppen, solche, die in den zu vereinigenden Stellen einen und denselben Thatbestand anerkennen und solche, die dieses nicht thun.

So lange man an Entscheidungen in betreff desselben Thatbestandes glaubt, stehen zwei Wege offen: entweder sagt man: die Stellen widersprechen einander oder man nimmt an: sie lassen sich mit einander gütlich vereinigen.

Die Schuld an einem Widerspruche, insbesondere zwischen den beiden Ulpiansstellen, lässt sich weiter entweder Ulpian oder den Kompilatoren oder beiden zugleich beimessen.

Dass Ulpian sich einfach widersprochen, dass er, wie Brinz[2]) es ausdrückt, erst bei der Entscheidung in l. 17 die Augen ganz aufgethan hätte, scheint uns trotz der nicht sehr hohen Achtung, welche wir vor ihm haben, nicht wahrscheinlich.

Ein geringeres Verschulden, welches wir aber auch noch für zu gross halten, traut ihm Dernburg[3]) zu, wenn er seine Meinung dahin äussert, „dass Ulpian in der l. 1 § 1 D. h. t. den allgemeinen Satz für den Fall der Uebergabe einer Sache unter einer Schätzung ausspricht, dass die Gefahr der aestimierten Sache auf den Empfänger übergeht". Dieser Satz, fährt Dernburg fort, treffe zwar im allgemeinen zu, passe aber wegen der Besonderheit des Verhältnisses nicht für

---

[1]) Vgl. Cohn a. a. O., Liebert a. a. O. S. 94 ff.

[2]) Kritische Blätter civilistischen Inhalts No. 1. Erlangen 1852, S. 38.

[3]) A. a. O. Band II, S. 322, Anm. 8.

den Trödelvertrag .... „dies mag Ulpian im Laufe der Erörterung selbst bemerkt haben: von den Kompilatoren aber wurde das weitere unvorsichtigerweise gestrichen, da sie die Ausführungen Ulpians an diesem Orte überhaupt sehr verkürzten".

Da Ulpian, wie auch Dernburg annimmt, in der l. 1 D. h. t. nicht eine allgemeine aestimatorische Klage[1]), sondern die Klage aus einem individuellen Geschäfte behandelt, so könnte er einen allgemeinen Satz über die Wirkung der aestimatio auf die Gefahr in der Fassung, wie er uns vorliegt: aestimatio autem facit periculum eius, qui suscepit, wohl nur als Argument für seine Entscheidung in diesem Falle angeführt haben. Hätte er nun hinterher gemerkt, dass dieses Argument hier nicht zutreffe, so würde er es unserer Ansicht nach einfach weggelassen, nicht aber nachträglich eingeschränkt und dadurch vollständig zwecklos gemacht haben.

Es macht aber auch der betreffende Satz: aestimatio autem facit periculum eius, qui suscepit, schon deshalb, weil in ihm kein Wort aufs allgemeine deutet, im Gegentheile aus dem Zusammenhange zu suscepit ein Objekt ergänzt werden muss, durchaus nicht den Eindruck einer vom propositum abstrahierenden, allgemeinen Erörterung.

„Die Kompilatoren hätten die Stelle arg zusammengestrichen."

Das können wir nicht leugnen; aber sollten sie dabei so zu Werke gegangen sein, dass sie nicht einmal geprüft hätten, ob nun das von ihrer Scheere verschonte ihren Beifall fände? Sie müssen jedenfalls die

[1]) Darüber siehe weiter unten.

Entscheidung in betreff der Gefahr für den Thatbestand des Titel 3 so gewollt haben, wie sie jetzt dort steht.

Es ist überhaupt wohl kaum glaublich, dass die Kompilatoren gerade in unserem Falle einen Widerspruch, den sie bei Ulpian fanden, nicht bemerkt, oder gar, dass sie selbst einen Widerspruch zwischen den beiden Stellen hervorgerufen haben sollten. Denn mögen immerhin die beiden fraglichen Titel von zwei verschiedenen Theilen der Kommission zusammengestellt sein — bei einer noch so flüchtigen Vergleichung musste dem Lesenden die eine, in dem Titel de aestimatoria alleinstehende Entscheidung so lange im Gedächtnis bleiben, wie er gebrauchte, um bis zu der l. 17 cit. weiterzulesen. Dass aber mindestens eine solche Vergleichung stattgefunden habe, ist schon deshalb anzunehmen, weil sonst Justinians stolzes Wort, dass sich keine Antonomieen in seinen Gesetzen fänden, doch gar zu hohl und gleissnerisch erscheinen würde.

Nimmt Dernburg an, die Kompilatoren hätten Ulpians wirkliche Ansicht über die Gefahr im Falle des Titels 19. 3 weggeschnitten, so stellt umgekehrt Liebert[1]) die Vermutung auf, Ulpian habe in l. 1 D. 19. 3 gar nicht von der Gefahr gesprochen, dieselbe vielmehr einzig und allein in der l. 17 erörtert. Zu dieser Vermutung wird Liebert gedrängt durch die Aehnlichkeit des Satzes: aestimatio autem facit periculum eius qui suscepit mit den ulpianischen Worten in l. 5 D. 13. 6: si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit, „welch letzterer Ausdruck viel deutlicher und korrekter ist als jener“. Von diesem Satze sei

[1]) a. a. O. S. 106 ff.

jener eine ungenaue Reproduktion, hinzugefügt aufs Gerathewohl von irgend einem Interpreten, der vielleicht vor den Kompilatoren gewirkt habe und durch das Wort aestimatio an die l. 5 erinnert worden sei.

Die Ergänzung dieser Vermutung ist natürlicherweise die, dass die Kompilatoren dieses Machwerk überkamen, stehen liessen und ganz nahe zu der anderen Entscheidung in l. 17 setzten, von dem Widerspruche jedoch nichts merkten. Ist ein solches Versehen der Kompilatoren überhaupt, wie wir oben sahen, unwahrscheinlich, so ist es die Vermutung Lieberts auch an und für sich. Denn zunächst ist die Aehnlichkeit der beiden Sätze gar nicht so gross, dass man den einen für eine Kopie des anderen halten müsste; sie ist nicht grösser, als wie sie bei zwei gleichen Entscheidungen desselben Schriftstellers bei ähnlichen Thatbeständen natürlich ist. Dann möchten wir wissen, weshalb der Ausspruch in l. 5 cit soviel deutlicher und korrekter formuliert ist[1]).

Undeutlich will uns der Satz: aestimatio facit periculum eius, qui suscepit nicht bedünken: kurz kann man Fragen erledigen nicht nur, wenn sie eigentlich nicht an den Ort gehören, sondern auch vielleicht dann, wenn sie unbestritten sind.

Und sollte es wirklich ganz abgesehen von dem gegebenen Zusammenhange unwahrscheinlich sein, dass Ulpian die Frage der Gefahrtragung durch autem an die vorherige Erörterung angeknüpft habe?! Eingeflickt sagt Liebert[2]), indem er der Ansicht ist, Ulpian erörtere sonst an der Stelle lediglich die Frage

[1]) Vgl. Liebert a. a. O. S. 107.
[2]) a. a. O. S. 107.

der passenden Klage. Wir glauben: Ulpian erörtert an jener Stelle ex profisso die actio de aestimato und wir würden uns sehr wundern, wenn er nicht, nachdem er, wie gewöhnlich, die Proposition der Klage motiviert hat, auch die Frage der Gefahrtragung beantwortete[1]). Nimmt man die Entscheidung dieser Frage aus der Stelle weg, so bleibt für Ulpian gar keine Auslassung über die Kraft und das Wesen der Klage übrig. Denn der Satz: est enim negotium civile gestum etc. trägt das Gepräge der Kompilatoren an sich[2]). Ulpian hat aber sicherlich die Klage dort nach allen Richtungen erörtert, und die Kompilatoren hätten sich gewiss nichts wichtiges von seinen Auslassungen entgehen lassen.

Schliesslich verdächtigt Liebert[3]) noch den fraglichen Satz, weil es nicht wahr sei, dass die aestimatio immer die Gefahr mit sich führe. Das letztere zu beweisen ist leicht; schwerer und von Liebert nicht geführt ist der Beweis, dass Ulpian in dem Satze irgend eine allgemeine Regel habe aufstellen wollen. Hier bewirkt nach Ulpians Auffassung die aestimatio den Uebergang der Gefahr. Wir brauchen uns das nicht so zu denken, als ob Ulpian die Gefahrsfrage erst gleichsam als Gesetzgeber entschieden und dabei eine Regel von der aestimatio angewendet habe; er fand vielleicht den Rechtssatz bestehen, dass hier der Sus-

---

[1]) Jene Frage nach der passenden Klage ist, wie doch Liebert selbst (S. 104) zuzugeben scheint und wir später nachweisen werden, von den Compilatoren erst so aufgebauscht worden. Vgl. vorläufig: Lenel Palingenesia. Band II. S. 642 Anm. 2, Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 109, 126.

[2]) Vgl. Gradenwitz a. a. O. S. 109.

[3]) a. a. O. S. 107.

cipient die Gefahr trage und behauptete nun, dass müsse wohl durch die aestimatio kommen. Das durfte er jedenfalls sagen; denn oft genug hat die aestimatio diese Kraft.

Wir glauben überhaupt nicht an einen Widerspruch in den beiden Entscheidungen, daher ist vorläufig unnötig zu fragen, wie im Falle eines Widerspruches zu entscheiden wäre.

Um der Antinomie zu entgehen, steht der Weg der gütlichen Vereinigung auf dem Boden desselben Thatbestandes offen.

Ihn haben viele Bearbeiter der Lehre betreten. Einige radikale Kuren der älteren wurden in jüngster Zeit schon oft mit Nichtachtung übergangen[1]). Nun sucht Liebert wieder mehrere von ihnen zu Ehren zu bringen. Zunächst nimmt er[2]) Glücks Ansicht, es sei in der l. 1 hinter suscepit - periculum zu ergänzen, der Trödler trage die Gefahr, wenn er sie übernommen habe, gegen Chambon in Schutz. Ch.[3]) weist sie zurück, weil Ulpian nicht die Trivialität begehen könne, zu sagen: wer die Gefahr übernimmt, trägt die Gefahr. Liebert sagt: „ich würde eius mit „nur desjenigen" übersetzen, dies ‚nur' bleibt im Lateinischen häufig unausgedrückt — an und für sich bewirkt die aestimatio gar nichts — wie Brinz richtig bemerkt — also nur, wenn er sie übernahm, geht die Gefahr auf den Empfänger über." — Wenn man sich nur einmal den ganzen Satz übersetzt vorstellt: „die aestimatio be-

[1]) Vgl. Brinz a. a. O. S. 37, 38.
[2]) a. a. O. S. 105.
[3]) Beiträge, Band I, S. 67.

wirkt (denn so steht denn nun doch einmal trotz Brinz[1]) und Liebert da) den Uebergang der Gefahr nur auf denjenigen, welcher die Gefahr übernommen hat", so wird man sehen, dass man auf diesem Wege nicht gut aus der Enge herauskommt. Wenn jemand, abgesehen von der aestimatio, noch die Gefahr besonders übernommen hat, so bewirkt eben diese besondere Gefahrsübernahme den Uebergang der Gefahr, nicht die aestimatio. Ferner geht aus der Fassung des folgenden Satzes hervor, dass im Vorhergehenden einer Partei unbedingt die Gefahr aufgelegt ist; sonst könnte nicht fortgefahren werden: aut igitur ipsam rem u. s. w., sondern es müsste etwa heissen: Wenn er sie aber übernommen hat . . . Man müsste daher den Satz mit aut schon fortschaffen, was Liebert allerdings späterhin auch vorschlägt, indessen ohne Zusammenhang mit seiner Vertheidigung Glücks und ohne Grund, wie wir weiter unten sehen werden. — Liebert vertheidigt aber auch gar nicht Glücks[2]) wirkliche Ansicht: denn dieser übersetzt wie vor ihm Schoemann[3]) und nach

[1]) a. a. O. S. 41: hier führt Brinz gegen Chambons Regel, dass die aestimatio den Uebergang der Gefahr bewirke, sehr nachdrücklich aus, dass Ulpian mit dem facit etc. nichts weiter sagen wollen könne, als dass prozessualisch angesehen der Beweis der Haftung, das paret oportere, nicht nur ein Grund der Haftung, sondern ein so starker Grund sei, dass das blosse oportere neben ihm als ohnmächtig erscheine.

Wir glauben: auch Chambon braucht mit jenem Bewirken nichts anderes haben sagen zu wollen; wir halten sowohl Ulpians als auch Chambons Redeweise für einen durchaus zulässigen, logischen Ausdruck dessen, was auch Brinz ausführt.

[2]) Band XVIII, S. 70, Anm. 56.

[3]) Handbuch. Band I, S. 328.

ihm Sintenis[1]), aestimatio durch „Trödelvertrag“. Bei dieser ganz unzulässigen Verdeutschung des Wortes — denn aestimatio hat niemals in den Quellen diese Bedeutung — könnte man allerdings periculum an jener Stelle ergänzen. Ohne dieselbe liesse sich die Ergänzung von periculum unserer Ansicht nach nur so vertheidigen, dass man Ulpian sagen liesse: Die Schätzung bewirkt den Uebergang der Gefahr auf denjenigen, welcher ja — durch die aestimatio — die Gefahr übernommen hat, dann wäre das Resultat aber, dass die Gefahr stets von dem Empfänger getragen würde[2]).

Liebert stellt Glücks Ansicht gleichsam nur als erstes Treffen auf; seine eigene Meinung haben wir schon oben besprochen. Als Reserve für den Fall, dass sein grosser Strich „zu gewagt erscheinen sollte“, hat er die vor ihm schon von Azo[3]) und Emmerich[4]) verfochtene Ansicht, dass periculum hier nicht notwendig als omne periculum gedeutet werden müsse[5]). — Periculum hat ja allerdings in den Quellen bald stärkere und bald schwächere Bedeutung[6]); welche

[1]) Corpus juris Deutsch. 19. Buch, S. 459.

[2]) Wir halten aber die Ergänzung nicht für richtig, sondern glauben, dass etwa zu ergänzen sei rem vendendam: etwa, weil vielleicht Ulpian selbst die Ergänzung dem Leser überlassen wollte. Vielleicht auch ist gar keine Ergänzung nötig; neigte doch suscipere auch schon zu einem so absoluten Gebrauche hin, wie etwa unser „unternehmen“: „Unternehmer“.

[3]) Gl. convenit sec Azonem, qui exponit hic periculum facit et casus custodia non adhibita vel mala, contingens; fortuitum autem casum non praestat secundum eum.

[4]) Archiv für C. P. 61, N. F. XI, S. 278.

[5]) Liebert a. a. O. S. 108.

[6]) Vgl. Hasse, die culpa S. 422.

hier, dafür ist die Entscheidung, meinen wir, in dem Nachsatze: aut igitur rem incorruptam debebit reddere aut aestimationem de qua convenit nicht zu finden. Denn wenn auf der einen Seite zuzugeben ist, dass er eher auf eine Haftung auch für Zufall hinweist, als auf eine solche nur für custodia, so dürfen wir auf der anderen Seite die Auffassung Emmerichs um des Nachsatzes allein willen nicht für ganz ausgeschlossen halten[1]).

Denn es würde sich auch von einem Schuldner, welcher nur etwa für custodia haftete, an sich sagen lassen: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. Es könnte ja incorruptus heissen: nicht von ihm, durch seine Schuld verdorben.

In l. 30 § 4 D. 19. 2 nehmen zwar die Parteien von der lex: ut villam incorruptam redderet ausdrücklich aus: vim ac vetustatem, scheinen also das promittere rem incorruptam reddere als Uebernahme des omne periculum aufzufassen. Ob man aber daraus schliessen darf, dass auch hier das incorruptus vom Juristen ebenso gedacht worden sei? — Auch der von Liebert gebilligte Grund Emmerichs, dass selbst der Kommodatar, der allen Vorteil allein ziehe, für casus nur einstehe, „si aliqua eius culpa interveniat", scheint uns durchaus nicht stichhaltig. Wir geben überhaupt auf solche Analogieschlüsse für das römische Recht durchaus wenig. Denn die Römer haben sich bei der

[1]) Vgl. Emmerich a. a. O. S. 280, welcher sagt: der Satz mit aut sei überflüssig, wenn unter periculum im Vordersatze das periculum omne verstanden wäre und Cohn a. a. O. S. 30, welcher durch den Satz gerade zu dem entgegengesetzten Schlusse gedrängt wird.

Regelung der Gefahrsfrage so wenig, wie z. B. bei der Verleihung der Vorrechte des juristischen Besitzes, streng an die teils von ihnen selbst, teils von den neueren ex post aufgestellten Regeln gehalten, sondern jedes Verhältnis für sich betrachtet. Des weiteren könnte man dem Argumente Emmerichs und Lieberts ein anderes analoges entgegensetzen: Weshalb soll der Trödler, der doch die Möglichkeit hat, die Ware, wenn er sie nicht veräussern kann, zurückzugeben und schon dadurch viel günstiger steht, als jeder andere Handelsmann, auch noch durch die Gefahrtragung sich von dem Käufer so bedeutend unterscheiden?!

Ausschlaggebend aber dafür, dass periculum in unserer Stelle das omne periculum umfasst, ist unseres Erachtens das Wörtchen autem. Dieses Wörtchen hat Brinz[1]) durchaus richtig gewürdigt, wenn er sagt, es bedeute den Gegensatz, welcher in Bezug auf die condemnatio zwischen den bonae fidei judicia und der actio de aestimato (welche wir allerdings ganz anders auffassen, als Brinz) bestehe: alles sei hier wie dort, nur casus pflege den Empfänger hier nicht zu absolvieren[2]).

Nimmt man aber an, dass bei der actio de aestimato eine gegen die bonae fidei judicia erhöhte Haftung zur Anwendung kommen solle, so kann diese wohl keine andere, als die für periculum omne sein. Denn

[1]) a. a. O. S. 44.

[2]) Liebert führt ebenfalls S. 105 Brinz über das Wort autem sprechend ein, nachdem er vorher gesagt hat, autem sei wegen seines Nichtpassens ein deutlicher Beweis dafür, dass hier ganze Sätze fehlen. Dann scheint es fast, als gäbe er Brinz recht. Wie passt denn aber dazu das periculum, quod culpa contingit, welches er zwei Seiten weiter (108 unten) vertheidigt?

in den bonae fidei judiciis, wenigstens in allen denjenigen, zu welchen die actio de aestimato von Ulpian in Verhältnis gesetzt wird, kommt man für dolus und culpa auf. Die Haftung für alles ausser der vis major aber, für welche auch das Wort periculum[1]) vorkommt, ist doch wohl im römischen Rechte zu sehr auf die nautae, caupones, stabularii und vielleicht einen engeren Kreis ähnlicher Fälle beschränkt, als dass man sie ohne weiteres in das Wort periculum hineinlegen könnte. —

Wie steht es mit Chambons Ansicht? Chambon hat zwar nicht das Verdienst, zur Entscheidung der Frage zuerst auf die Natur der aestimatio als solcher zurückgegangen zu sein; denn diesen naheliegenden Schritt hat schon Goeschen[2]) gethan: aber Chambon[3]) ist auf dem neuen Wege weiter gegangen; er kommt zu dem Resultate, dass zwar einer allgemeinen Wirkung der aestimatio entsprechend beim Trödelvertrage die Gefahr übergehen müsse (l. 1 § 1 D. 19. 3), dass aber für diese Regel eine Modification durch die Natur der aestimatio beim contractus aestimatorius herbeigeführt werde. „Die l. 1 giebt das über die Haftungspflicht infolge der aestimatio geltende Prinzip; die l. 17 cit. enthält dessen genauere Ausführung für den Fall des Trödelvertrages und nur hier darf und muss jene Unterscheidung in Betracht gezogen werden.“

Von dem, was Brinz[4]) zu Chambons Widerlegung anführt, scheint uns der letzte Grund, dass die aesti-

---

[1]) Vgl. Hasse a. a. O. S. 290 ff., S. 421 Anm. 4.
[2]) Vorlesungen Band II, S. 329.
[3]) a. a. O. S. 88.
[4]) a. a. O. S. 40, vgl. auch Liebert S. 94.

matio nichts bewirke, wie wir schon hervorgehoben haben, durchaus ungerechtfertigt[1]): das Vorhandensein der aestimatio bewirkt sehr häufig, so auch hier, dass der Empfänger, wenn er die Sache ohne Schuld verloren hat, verurtheilt wird: das heisst, besonders im Sinne der Römer, welche bei ihren Rechtsausführungen so häufig den prozessualen Standpunkt hervorkehren: sie bringt die Gefahr auf seine Seite.[2])

Chambons Ansicht scheint aber deshalb unhaltbar, weil wir in dem Satze: aestimatio autem facit periculum eius qui suscepit nicht sowohl ein allgemeines, über die Haftungspflicht infolge der aestimatio geltendes Prinzip, als vielmehr eine Normierung der Gefahrtragung für einen ganz bestimmten Thatbestand zu erkennen glauben. Wir glauben überhaupt nicht annehmen zu dürfen, dass Ulpian, sich bewusst, dass die Regel beim Trödelvertrage durchaus nicht zutreffe, dieselbe an einer Stelle, wo ex professo von der Klage dieses Vertrages gehandelt wird, was Chambon doch selbst annimmt, ohne jede Einschränkung aufgestellt hätte. Dazu wäre mindestens eine Beschneidung der Stelle, etwa in der Art, wie sie Dernburg vermutet, vorauszusetzen.

---

[1]) Vgl. z. B. l 13 § 5 D 19.2; l 14 § 1 D 16.3.

[2]) Nicht mit einander zu harmonieren scheinen uns vielmehr die beiden Sätze von Brinz (a. a. O. S. 41) einmal: Es ist klar, dass die aestimatio nicht Ursache, wohl aber umgekehrt eine Wirkung des Gefahrsüberganges genannt werden kann", und dann: „Man ästimiert, weil die Gefahr übertragen werden will." Denn wenn man, um die Gefahr übergehen zu lassen, ästimiert, so kann höchstens gesagt werden: Die aestimatio ist eine Wirkung des Willens die Gefahr übergehen zu lassen. Sie ist und bleibt nach Ulpian Ursache des Gefahrsüberganges.

Auf der Scheide zwischen denjenigen Schriftstellern, welche denselben, und denjenigen, welche zwei verschiedene Thatbestände den beiden verschiedenen Entscheidungen zu Grunde legen, steht Wendt[1]). Er hält zwar daran fest, dass in den verschiedenen Stellen von demselben Vertrage, dem vendendum dare, dem Trödelvertrage, die Rede sei, giebt aber im übrigen dem Gedanken Ausdruck[2]), die aestimatio sei auch beim Trödelvertrage, wie bei vielen anderen Verträgen, nur ein pactum adjectum, ein Accidentale: für die Ermittelung der Wirkung dieses pactum kämen keine allgemeinen Rechtssätze, sondern nur die Auslegungen der Parteiabsichten im einzelnen Falle in Betracht[3]).

Das passt sehr gut zu der l. 17 § 1 und etwa den ihr ähnlichen Stellen; mit der l. 1 cit. weiss sich Wendt, da er hier so gut wie dort den Trödelvertrag voraussetzt, nicht anders abzufinden, als indem er behauptet[4]): das Wort aestimatio facit periculum — den Rest des Satzes: eius qui suscepit lässt er weg — sei

---

[1]) Iherings Jahrbücher XXII. S. 377.

[2]) a. a. O. S. 378.

[3]) Wendt will aus Brinz' Abhandlung als einen bis dahin noch unentdeckten Edelstein herausfinden „den Nachweis, dass die aestimatio beim Trödelvertrage zwar etwas häufiges, vielleicht gewöhnliches, mit nichten aber das Begriffliche und Essentielle sei." Brinz (a. a. O. S. 18) sagt jedoch: „Hingabe zum Verkaufe, Aestimation, Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung, Recht auf den Mehrerlös sind die vier sichtbaren Stücke unseres Kontraktes". Er glaubt nur, (allerdings, wie sich später zeigen wird, irrigerweise) die Römer hätten diese vier Stücke durch den kurzen terminus technicus vendendum dare zusammengefasst: „der römische Name für unseren Trödelkontrakt ist vendendum dare" a. a. O. S. 4.

[4]) a. a. O. S. 390.

gleichsam „parömisch“ geführt worden. Können wir uns hiermit schon wegen der Fassung des Satzes nicht befreunden, so wissen wir ferner auch nicht, weshalb denn eine solche Perömie hier von Ulpian verwendet sein sollte, wenn sie seiner Ansicht über den hier behandelten Thatbestand nicht entsprochen hätte. Es ist von Wendt auch nicht der Beweis für die mehrfache[1]) Ueberlieferung des Satzes geführt worden. In den von ihm später[2]) noch angeführten Stellen: fr. 54, § 2 locati 19. 2; fr. 5 § 3 commodati 13. 6 u. fr. 10 de jure dotium 23,3 wird zwar ohne Einschränkung der aestimatio, wenn auch nicht „die Versicherungsabsicht“, so doch die Uebertragung der Gefahr zugeschrieben, aber durchaus nicht ersichtlich in Anwendung einer Paroemie, sondern nur als klare und bündige Relation über das in diesen Fällen gerade geltende Recht.

Die zweite oben[3]) gebildete Gruppe, welche zwar noch nicht in den Lehrbüchern herrscht, aber fast alle neueren Bearbeiter der Lehre umschliesst, nimmt an, es liege keine Antinomie und keine Modifikation der einen Stelle durch die andere vor, sondern es sei in beiden von verschiedenen Dingen die Rede. Diese Annahme hat von vornherein sehr viel für sich, weil sie am besten erklärt, weshalb denn die beiden oder gar noch mehrere Stellen nicht in demselben Titel der Pandekten, nicht in demselben Buche des Kommentars von Ulpian stehen, ein Umstand, welcher wegen des ohnehin geringen Umfanges des Titels 19,3 bei der

[1]) Vgl. a. a. O. S. 387.
[2]) a. a. O. S. 391.
[3]) S. 9.

anderen oben besprochenen Annahme besonders auffallend erscheinen müsste.

Wie aber soll man zwei verschiedene Thatbestände herausbekommen?

Schon Puchta hat einen Anlauf nach dieser Richtung hin genommen. Er will die Verschiedenheit in der Gefahrtragung dadurch erklären, dass er behauptet, in dem Thatbestande: wenn eine Sache aestimiert gegeben wird, damit der Empfänger sie verkaufe, könnten Geschäfte ganz verschiedenen Inhalts, mit der Natur des Mandates, der Dienstmiete oder eines eigentlichen Trödelvertrages enthalten sein. Eine Versöhnung der l. 1 cit. mit l. 17 § 1 cit. kann freilich aus seinen Aufstellungen nicht erwachsen; denn er lehrt, dass bei dem eigentlichen Trödelvertrage, bei welchem der Empfänger sich verpflichte, die Sache oder die aestimation zurückzubringen, der Empfänger auch die Gefahr des Zufalles tragen solle. In der l. 17 aber wird für den genau entsprechenden Fall: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum — et neuter nostrum rogaverit, si dumtaxat consensimus: die Entscheidung getoffen: teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes.

Brinz war es, welcher zuerst behauptete[2]): der Titel 19. 3 handele überhaupt nicht vom Trödelvertrage, sondern von allen aestimatorischen Innominatkontrakten: für diese und nicht allein für das einzige vendendum dare habe der Prätor de aestimato ediciert.

[1]) Pandekten, 11. Auflage, S. 480.
[2]) a. a. O. S. 42 ff.

Dieselbe Ansicht hat seitdem Ihering[1]) geäussert. Denn er sagt: Ulpian habe an dem Beispiele des sogenannten contractus aestimatorius nur das Bedürfnis der Einführung einer actio de aestimato klar zu machen versucht, welche im römischen Prozesse überall zur Anwendung gelangt sei, wo eine Sache gegeben wäre mit der alternativen Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben oder ihre aestimatio zu zahlen.

Wenn nach Ihering für eine solche allgemeine actio de aestimato der Umstand sprechen soll, dass ohne sie eine Lücke in den Quellen sei, so hat das schon Karlowa[2]) erfolgreich bekämpft. Ist doch z. B. auch bei der dos aestimata so wenig wie bei irgend einem anderen einschlagenden Geschäfte auch nur eine leise Anspielung auf eine actio de aestimato erhalten.

Unbegreiflicher Weise behauptet trotzdem neuerdings Liebert[3]), obwohl er Karlowa darin Recht giebt, dass ein Bedürfnis für die Klage ausser dem Trödelvertrage nicht vorgelegen habe, die Römer hätten Zweifel an der Anwendbarkeit der gewöhnlichen Klagen gehabt und hätten auch eine allgemeine actio de aestimato gekannt; von dieser werde in dem kritischen Titel — allerdings nicht allein, sondern abwechselnd mit dem Trödelvertrage — gehandelt, welch letzterer freilich der Hauptgrund für ihre Einführung gewesen sei.[4])

[1]) Jahrbücher, Bd. XV, S. 388

[2]) Das Rechtsgeschäft S. 250 ff., vgl. auch Cohn a. a. O. S. 10 ff.

[3]) a. a. O. S. 101.

[4]) Das magis, auf welches Liebert (a. a. O. S. 101) Gewicht legt (übrigens vor ihm Brinz a. a. O. S. 43: „es wurde „vor-

Die Frage, welche Brinz aufwirft[1]): warum hätte sich das Edikt gegen andere aestimatorische Innominatkontrakte verschliessen sollen? ist auch schwerlich geeignet, zu zeigen, dass der Prätor wirklich für sie ediciert habe. Der Prätor edicierte nur, wo er ein Bedürfnis fand, er hatte kein so ausgeprägtes systematisches Interesse, dass er geglaubt hätte, weil alle Verträge mit aestimatio eine gewisse Verwandtschaft hätten, müssten sie auch eine gemeinschaftliche „Gentil"-klage haben.

Bewiesen ist also durch ausserhalb des Titels liegende Gründe nicht, dass er von einer allgemeinen actio de aestimato handelt. Auch in dem Titel selbst dürfte sich kein Beweis für die Existenz jener Klage finden. — Den Gedankengang der Ulpiansstelle construiert Brinz[2]) so: „ist von Anfang der Stelle an bis zu dem schwierigen Satze (quotiens enim etc.) von der ediktalen propositio der aestimatoria im allgemeinen und insbesondere von dem Motive der propositio die Rede, so rückt nun der Kommentator mit dem Worte quotiens etc. dem Edikte näher[3])."

züglich" bei dem vendendum dare u. s. w.") findet auch wohl besser als im Vergleich mit den vorher garnicht erwähnten anderen aestimatorischen Verträgen seine Rechnung, wenn man es übersetzt: zu sehr, allzusehr, als dass der Zustand länger hätte belassen werden können.

[1]) a. a. O. S. 43.

[2]) a. a. O. S. 42.

[3]) Aehnlich vermutet Lenel, Edictum perpetuum S. 239, Anm. 2, wo jetzt der Satz mit quoticus etc. steht, den er mit Recht für Machwerk der Compilatoren hält (vgl. Palingenesia Bd. II, S. 642, Anm. 2 Gradenwitz Interpol: S. 109), habe sich Ulpian auf die Formelconstruktion eingelassen und hätten darum die Compilatoren eingegriffen. Lenel selbst scheint aber die

Dem stimmen wir nicht ganz bei. Zwar spricht der Eingang der Stelle von dem Motive der Proposition des Prätor: tollendae dubitationis gratia: aber was hindert, anzunehmen, dass der Kommentator dem Edikte schon gleich darauf näher rückt? nämlich in den Worten: cum res aestimata vendenda datur. Dass er hier, was ja nichts ungewöhnliches ist[1]), schon das Rechtsverhältnis andeutet, welches durch das Edikt geregelt wird, scheint sogar ziemlich klar daraus hervorzugehen, dass dieser zweite Satz, welcher mit der Beschreibung des Thatbestandes beginnt, schliesst mit der Wiederholung: melius igitur visum est, hanc actionem proponi. In diesem Satze sind ganz dieselben beiden unzertrennlichen Stücke einer ediktalen Proposition enthalten, welche Brinz in dem mit quotiens beginnenden Satze erblickt: die Aufstellung: melius itaque visum est, hanc actionem proponi und der Thatbestand (die Bestimmung der Fälle): cum res aestimata vendenda datur. Dass in diesem Satze wirklich schon ein Stück, vielleicht eines besonderen Ediktes, enthalten ist, wird uns noch wahrscheinlicher durch den Indicativus Praesentis: datur, durch welchen er so kräftig aus der mit fuit enim beginnenden Erzählung hervortritt und welchen wir blosser Lebhaftigkeit der Erzählung nicht zuschreiben möchten.

In dem folgenden Satze mit quotiens können wir dann allerdings nicht noch einen neuen Thatbestand

demonstratio: quod As As No No mensam argenteam aestimatam vendendam dedit, und zwar mit Recht, nach dem ulpianischen Satze: Cum res aestimata vendenda datur gebildet zu haben (Edictum S. 238.)

[1]) Vgl. Pernice: Ulpian als Schriftsteller S. 448.

für die schon vorher definierte actio finden. Es braucht ein solcher darin aber auch gar nicht gesucht zu werden[1]; vielmehr erscheint er uns als ein Machwerk der Kompilatoren und zwar als eine von diesen beliebte, noch einmal zurückgreifende und die schon genügend motivierte actio noch einmal durch einen allgemeinen Grund erklärende Excursion. Für eine allgemeine actio de aestimato scheint uns auch in ihm nichts zu sprechen. Den Unsinn, welchen er enthält, kann man ebenso gut durch die schon von Hotomann und Faber und neuerdings von Cohn vorgeschlagene[2] Streichung des Wortes aestimatoria wegschaffen, wie durch die doch immerhin recht künstliche Aenderung von aliquam actionem dari in aestimationem dari. Denn, dass irgend ein nach den Kompilatoren lebender Interpret denselben Gedanken gehabt hat, wie Vangerow, Brinz, Ihering und Liebert[3], nämlich, dass in dem Satze notwendig ein Hinweis auf die aestimatio enthalten sein müsse, ist sehr leicht erklärlich. Für Ulpian erscheint ein Excurs auf die actiones praescriptis verbis im allgemeinen allerdings sehr unwahrscheinlich; sehr wahrscheinlich aber für die Kompilatoren; und die haben, wie wir noch genauer sehen werden[4], den Satz eingeschoben.

An dem Convenit stösst sich besonders Ihering. Wer sich denn hätte vereinigen sollen über das Geben der Klage, der Präter etwa mit den Juristen? Aber

---

[1] Vgl. die oben S 25 Anm. 3. citierten und weiter unten.

[2] Cohn a. a. O. S. 6.

[3] V. citiert bei Liebert S. 99, B. a. a. O. S. 42, L. a. a. O. S. 102.

[4] Dazu vgl. Gradenwitz a. a. O. und weiter unten S. 58 ff.

man braucht darin gar keinen Stein des Anstosses zu finden, wenn man es auffasst als: es gehörte sich, es geziemte sich; es musste sc. eine Klage gegeben werden — als dem Prätor oder den Juristen von den Kompilatoren zugeschriebenes Motiv. Diese Bedeutung passt sehr gut zu dem obigen und kommt in den Quellen oft vor[1]).

Es wird bei dem convenire in dieser Bedeutung durchaus nicht mehr an eine Uebereinkunft gedacht. Gegen die Brinz-Iheringsche Konjektur möchten wir dagegen vom sprachlichen Standpunkt erwidern, dass convenire, wenn es ein Uebereinkommen zwischen Parteien bezeichnen sollte, höchst wahrscheinlich mit ut konstruiert sein würde. Denn neben unzähligen solchen Fällen[2]) ist uns convenire = verabreden mit dem Infinitiv unzweifelhaft nur einmal aufgestossen, in l. 14 § 5 D 44. 3, wo Scaevola sagt: convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere; denn in l. 1 § 3 D 22. 2 von Modestinus: in nautica pe-

---

[1]) Vgl. z. B. Paul S. I XVIII 3: Iudici familiae herciscundae convenit; l 19 § 3 D 19.2: Ulp officio judicis hoc convenire, haberi rationem; l 24 pr. D 19.2 Paulus: arbitrium tale — quale viro bono convenit; l 21 D X, 3 Ulp.: Judicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores sequi convenit; l 16 D 8.1 Julian: idem servari convenit, et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet, nachdem vorher gesagt ist: non est iniquum; l 79 D 6.1 Paulus: nam ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus eius temporis nomine aestimari conveniret.

Plautus Mercator III, 2, 8 (551) rei te quaerundae convenit operam dare.

[2]) Vergl. l. 15 pr D. 12. 1; l. 34 pr D. 17. 1; l. 26 pr D. 19. 5; l. 5 pr D. 13. 6; l. 4 D. 12. 4; l. 6 pr D 13. 7; l. 13 § 24 D. 19. 1; l. 4 § 3 D. 2. 14; l. 2 pr. D. 13.7.

cunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat heisst es wohl: „von dem Tage an, an welchem das Schiff (der Uebereinkunft gemäss) abfahren muss", hat also wohl eine mittlere Bedeutung. Bemerkenswert ist es, dass Ihering[1]) auch ganz in unserem Sinne trotz seines: convenerit tamen aestimationem dari die Formel konstruiert: convenit, ut ant res aut aestimatio daretur.

Von dem Satze, est enim negotium civile gestum et quidem bona fide gesteht selbst Liebert[2]), dass er sich unmöglich auf alle aestimatorischen Verträge beziehen könne, sondern lediglich auf den Fall: cum res aestimata vendenda datur. Die l. 2 von Paulus freilich liesse sich vielleicht mühsam unter eine allgemeine actio de aestimato unterordnen; denn man darf nicht, wie Cohn[3]), einfach darauf verweisen, dass eine merces beim Kommodate, bei der Pacht? und der dos nicht vorkommen könne. Dagegen könnte sich Ihering leicht wehren, indem er Paulus sagen liesse: die actio de aestimato habe auch in den Fällen statt, wo ein Lohn vorkomme, also auch vorkommen könne; aber nicht: überall, wo die actio de aestimato vorkomme, müsse ein Lohn denkbar sein.[4])

---

[1]) a. a. O. S. 390.

[2]) a. a. O. S. 104.

[3]) a. a. O. S. 9.

[4]) Cohns Argumente gegen Ihring, welche er aus dem Wortlaut der Stelle schöpft, sind überhaupt recht schwach. Mit der Unähnlichkeit zwischen mandatum oder depositum aestimatum und Mandat oder Dienstmiete kann man Ihering nicht schlagen, solange man nicht dessen Behauptung, die ganze Auseinandersetzung über rem aestimatam vendendam dare sei nur ein motivierendes Beispiel, der Satz mit quotiens enthalte

Besser passt allerdings auch der Satz von Paulus zu einer spezielleren Klage.

Die Stelle aber endlich, welche uns am meisten am Herzen liegt, der § 1, deutet ziemlich klar auf den am Anfang abgegrenzten Thatbestand: cum res aestimata vendenda datur zurück. Denn es heisst hier: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere. Von einer res (data) aber ist, wenngleich Brinz[1]) sie durch die Beschränkung seiner Klage auf alle aestimatorischen Innominatkontrakte und Ihering durch die Worte: überall, wo eine Sache gegeben wäre, stillschweigend voraussetzen, in dem Thatbestande: quotiens de nomine contractus alicuius ambigeretur, convenerit (convenisset) tamen aestimationem dari nicht die Rede, und dass Ulpian, der ja doch dem Edikte mit den Worten näher rücken soll, oder gar der Prätor die datio rei stillschweigend vorausgesetzt hätten, ist kaum anzunehmen — kurz, die res, welche unversehrt zurückgegeben werden muss, ist dieselbe, welche oben zum Verkaufe gegeben ist, die Klage, deren Wirkung hier besprochen wird, dieselbe, deren Aufstellung oben konstatiert und begründet ist. Eine allgemeine actio de aestimato giebt es nicht.

Die Auffassung Lipps[2]), welche von Cohn[3]) geteilt wird, gründet sich auf die Thatsache, dass in der l. 1 § 1 die aestimatio, in der l. 17 § 1 das pretium geschuldet wird. Dieses seien zwei ganz verschiedene

die Aufstellung der Klage, energischer bekämpft, als es Cohn mit der einfachen entgegengesetzten Behauptung thut: „also nur für diesen Fall ist danach eine besondere actio eingeführt worden.“ (a. a. O. S. 9.)

[1]) a. a. O. S. 43.

[2]) a. a. O. S. 32.

[3]) a. a. O. S. 35.

Dinge, jene „die Summe, welche der Empfänger heimbringen muss“, dieses „der vom Empfänger erzielte Erlös“[1]).

Ein solcher Unterschied würde allerdings geeignet sein, eine verschiedene Behandlung der Gefahrsfrage zu begründen. Denn in dem Falle, wenn der ganze Erlös zurückgebracht werden müsste, der redliche Empfänger also durchaus keine Aussicht auf Gewinn hätte, wäre es, abgesehen von allem Rogieren, hart, wenn man ihm auf jeden Fall die volle Gefahr aufbürden wollte, während, wie wir schon bemerkten, kein innerer Grund dieses hindert, wenn der Empfänger nur die vereinbarte Taxe zurückzugeben braucht[2]).

Ist denn aber pretium wirklich unter keinen Umständen mit aestimatio zu identifizieren?

Lipp leugnet die Möglichkeit schlicht und rund, und Cohn beruft sich einfach auf ihn.

Friedrichs[3]) sagt im Gegenteile: „in fr. 17 § 1 D. 19. 5 ist pretium gleich aestimatio zu nehmen, wie an vielen anderen Stellen der Digesten auch.[4])

---

[1]) Brinz' von Lipp S. 32 citierte Worte, vgl. Cohn S. 37.

[2]) Dass auch ein solcher Empfänger zuweilen sehr edelsinnig, ex officio et amicitia handeln könne, was Liebert (a. a. O. S. 32) hervorhebt, wird die Wahrscheinlichkeit einer ihm ungünstigen Gefahrsverteilung nicht verringern. Denn wer weiss, ob die Römer schon solche Fälle gekannt haben, ob sie ferner eine solche amicitia, bei welcher man selbst verdient, hoch genug angeschlagen hätten.

[3]) Trödelvertrag und Konditionsvertrag. Breslau I. A. D. 1890, S. 8.

[4]) Unzulässig ist es, wie Liebert (a. a. O. S. 115) thut, Lipps Auslegung als auf Aeusserlichkeiten gestützt zu ignorieren, dazu merkwürdig, wenn man, wie Liebert (a. a. O. S. 82), sich selbst vorher der Worte pretium und aestimatio zur Bezeichnung des Gegensatzes von Erlös und Taxe bedient hat.

Und in der That bestätigen die Quellen diese von allen älteren stillschweigend geteilte Ansicht, denn die beiden Worte pretium und aestimatio treffen sich recht oft in der gemeinsamen Bedeutung: Wert einer Sache, welcher durch Schätzung festgestellt ist. So heisst es z. B. bei Papinian in l. 34 D. 10. 2: Servos inter coheredes tempore divisionis aestimatos non emendi, sed dividundi animo pretiis adscriptos videri placuit. Paulus sagt in l. 49 § 1 D. 24. 3: quaesitum est an mulier — si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit . . . . respondit: praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse und in l. 17 § 1 D. 23. 3: Si re aestimata data nuptiae secutae non sint, videndum est, quid repeti debeat, utrum res an aestimatio. Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur, quia nec alia causa contrahendi fuerit, res igitur repeti debeat, non pretium.

Ebenso gebraucht Ulpian pretium und aestimatio abwechselnd für dieselbe Sache in l. 10 § 6 D. 23. 3, auf welche wir später noch zu sprechen kommen.

Wenn aber Jemand einwenden sollte: diese Stellen schlügen nicht durch, weil die Römer gerade die dos aestimata nun einmal mit dem Kaufe gleichgestellt hätten[1]), so stehen uns ausser der Papinianusstelle noch Stellen genug zu Gebote, in welchen bei anderen Rechtsverhältnissen derselbe Gebrauch zu Tage tritt. In l. 11 § 4 D. 35. 2 Pap. ad l. falc. finden wir: sed cuius pretii erit, qui, si viveret, non aestimaretur. In l. 13 D. 48. 4 von Modestinus: Cato pretio servum aestimatum in quaestionem dari . . .

[1]) l. 10 § 4 § 5 D. 23. 3.

Auch in C. 6 de secundis nuptiis V 9 ist pretium das Resultat einer von arbitri vorgenommenen Schätzung. Mobilium vero rerum, justi pretii aestimatione habita per eos, quos utraque pars elegerit, arbitros iudicaturos . . . usumfructum habeat . . . si . . . fidei missionem praebuerit, quod res vel earum pretium . . . filiis . . . restituat.

Es scheint uns hiernach der Beweis, dass pretium nie und nimmer Taxe oder Schätzungssumme bedeute, nicht erbracht werden zu können; auch nicht einmal etwa durch eine Stelle wie l. 14 § 2 D. 32 der Beweis, dass pretium oft in einem schroffen Gegensatze zu aestimatio gebraucht werde. Denn wenn es dort heisst: si redimere non possit, quia dominus non vendat, justam aestimationem inferat, so bedeutet hier zwar pretium Kaufpreis, aber aestimatio nicht etwa den durch eine vertragsmässige Schätzung festgesetzten Wert, sondern soviel als verum rei pretium, welches ebenso gut hier hätte stehen können (vgl. z. B. l. 2 § 13 D. 47. 8) und vielleicht stehen würde, wenn pretium nicht eben vorher gebraucht worden wäre. — Sollte in l. 17 § 1 cit der volle Kaufpreis zurückgegeben werden, so dürfte man, zumal bei dem vorhergehenden aestimatio, wodurch die Bedeutung des pretium doch mindestens zweifelhaft werden musste, wohl eine etwas genauere Ausdrucksweise erwarten, wie sie sich z. B. in l. 88 D. 46. 3, auf welche wir später noch zurückkommen, vorfindet: argentarii universum redactum venditionis soluerunt oder in l. 12 § 4 D. 23. 4, wo Paulus in einem ähnlichen Falle sagt: Si pacta sit mulier, ut sive pluris sive minoris fundus aestimatus venierit, pretium, quanto res venierit, in dote sit. Das sind Erlöse ohne Zweifel,

nicht aber das pretium in unserer l. 17. — Denn auch die ferneren, sprachlichen Momente, welche Lipp anführt, wie „reddere“ aestimationem als „heimbringen“ im Gegensatze zu pretium adferre in l. 17 § 1, sind ohne alles Gewicht. Reddere heisst nie heimbringen. Es steht in l. 1 cit. bei aestimationem überhaupt nur deshalb, weil dieses Wort durch aut – aut verbunden ist mit rem, welche der Schuldner reddere, d. h. „zurückgeben“ muss. Diese Verbindung ist möglich, weil reddere auch eine neutrale Bedeutung: einfach: „übergeben“ hat. In l. 17 § 1 hat Ulpian, als er das Verbum adferre schrieb, hinwiederum mehr an pretium gedacht, als an das fernstehende margarita.

Was aber den Hinweis auf die lex Romana Visigothonum angeht[1]), so scheint uns, wenn wir selbst über das unverbindliche einer fremden Legalinterpretation hinwegsehen wollten, die Wiedergabe des Satzes: si rem aestimatam tibi dedero, durch: si facto pretio rem vendendam tradiderit eher für, als gegen unsere Auffassung zu sprechen: facto pretio heisst ebensoviel als aestimata dedero, beides aber nicht: Unter Festsetzung eines Preises, unter welchem du nicht verkaufen, sondern unter Festsetzung eines Preises, welchen du mir, wenn nicht die Sache, zurückbringen sollst.

Denn die fernere Behauptung Lipps, die aestimatio, welche ausser dem pretium in l. 17 § 1 vorkommt, bedeute Limitum d. h. eine Summe, unter welcher nicht verkauft werden solle, entbehrt jeder Unterlage aus den Quellen; wie denn auch Baron[2]).

[1]) Lipp. a. a. O. S. 33.
[2]) Pandekten, 6. Auflage, S. 254.

auf welchen sich Lipp beruft, aestimatio nur da hinter den Worten: „limitierte Summe“ einklammert, wo die Zahlung derselben genügen soll. In dieser Hinsicht teilt auch Cohn[1]) die Ansicht Lipps nicht. Zur Begründung des Gegensatzes aber von aestimatio und pretium, auf welchen auch er Gewicht legt, erbringt er ebensowenig wie Lipp irgend einen Quellenbeweis, welcher denn doch bei Aufstellung eines solchen Novum wohl erforderlich wäre. —

Weitere Ansichten über die Gefahr beim Trödelvertrage sind unseres Wissens noch nicht geäussert worden. Schauen wir auf das bisher Erreichte zurück, so sehen wir, dass der Titel 19. 3, zumal seitdem auch Gradenwitz[2]) ihn hart mitgenommen hat, in Bezug auf den Trödelvertrag, völlig mundtot gemacht ist. Das Resultat der Streitfrage für das heutige Recht ist wohl folgendes: Von den beiden widerstreitenden Stellen ist die eine verderbt, unsinnig, die andere im ganzen unversehrt, vernünftig; man folgt daher fast allgemein der letzteren; ja: es möchte sich vielleicht durch die fast vollständige Uebereinstimmung der Schriftsteller der gewohnheitsrechtliche Satz gebildet haben, dass dem Trödler im allgemeinen nur verschuldeter Schaden aufzubürden sei.

---

[1]) a. a. O. S. 36.
[2]) Vgl. a. a. O. S. 109, 126, 129.

Capitel II.

Titel 19. 3.

1. Für die Beurteilung des römischen Rechtes, sei es des alten, nationalrömischen, sei es des byzantinischen, bleibt auch nach der oben angedeuteten Lösung des Knäuels zunächst eine Frage übrig: was wird denn nun aus dem Titel 19. 3 der Pandekten? Er ist der Stab gewesen, an welchem der Trödelvertrag unseres heutigen Rechtes gross geworden ist; nun kann der Trödelvertrag ihn nicht mehr gebrauchen; es zeigt sich, dass er morsch ist; darf man ihn nun ins Feuer oder in die Finsternis der Vergessenheit werfen? Und wäre er ganz faul, es muss doch irgend eine Kraft in ihm wohnen. Die Gesetzgeber mindestens müssen etwas vernünftiges durch ihn haben ausdrücken wollen und müssen sich etwas bei ihm gedacht haben, sonst hätten sie ihn nicht in ihr System aufgenommen.

Man könnte sich nun vorstellen, dass die Kompilatoren den ganzen Titel, so wie er uns heute vorliegt, selbst verfasst und ihm die Namen Ulpian und Paulus einfach angedichtet hätten. Das ist aber nicht wohl anzunehmen. Denn wie uns aus vielen Beispielen erinnerlich ist, stellte Justinian sein Licht nicht unter

den Scheffel, sondern, wo er etwas neu regelte, wo er einen alten Schulstreit schlichtete, eine neue Klage einführte, da hob er es an dieser oder jener Stelle hervor; da wählte er überhaupt wohl die Form der kaiserlichen Konstitution, diesen Ausdruck des höchsten Triumphes der absoluten Monarchie, welchen offen hervortreten zu lassen die Imperatoren schon lange nicht den geringsten Anstand mehr nahmen. Als justinianische Neuschöpfung dürfte daher die actio aestimatoria wohl nicht zu betrachten sein. Die Kompilatoren werden vielmehr den Stoff zu ihrem Titel in dem Schutte der vielen Jahrhunderte mit vorgefunden haben.

Ein in der letzten Zeit vor Justinian sehr blühender Zweig des Rechtslebens scheint das Rechtsverhältnis, welches in dem Titel behandelt wird, auch nicht gewesen zu sein. Denn im Codex fehlt der Titel de aestimatoria, während rerum permutatio und praescriptis verbis actio auch hier in der Nachbarschaft der actiones emti — venditi und locati — conducti eine Stelle gefunden haben. Demnach sind Anfragen über das Thema trotz der doch scheinbar nicht sehr einfachen Lage der Dinge an die Kaiser wohl nicht gekommen.

Die Kompilatoren haben über das Verhältnis bekanntlich einen der kleinsten Titel der Pandekten zusammengestellt; in Gains Institutionen finden wir von der actio de aestimato keine Spur; trotzdem scheint es, dass über die actio mindestens eine Formel im prätorischen Edikte gestanden hat. Es läge daher vielleicht die Vermutung schon hier nicht allzufern, die actio de aestimato sei ein früh verdorrter Zweig des römischen Rechtes gewesen, welchen die Kom-

pilatoren aber trotzdem nicht, wie sie kraft kaiserlichen Willens gekonnt hätten, einfach abgehauen, sondern beibehalten haben. Weshalb? Vielleicht konnte die Klage doch auch noch zu justinianischer Zeit einmal zur Anwendung kommen. Sollte aber dazu auch keine Aussicht vorhanden gewesen sein, so hatten die Gesetzgeber keine Veranlassung, eine Klage, welche im Edikte verzeichnet und nicht abgeschafft war, in dem System ihrer Pandekten zu übergehen.

Möglich auch, dass sie die Klage nicht sowohl um ihrer selbst, als um anderer Zwecke willen recipiert haben. Ein solcher Zweck liegt hier sehr nahe. Die Kompilatoren haben, wie Gradenwitz[1]) nachweist, überall da, wo es zweifelhaft war, ob diese oder jene actio am Platze wäre, wo die Alten manchmal gesagt hatten, es müsse praescriptis verbis geklagt werden, manchmal eine actio in factum gegeben hatten oder auch einfach im Zweifel geblieben waren, — die Kompilatoren haben hier, aus dem Prokrustesbett des alten Aktionensystems längst herausgewachsen, überall eine „actio praescriptis verbis“ angenommen. Der Gedanke, durch Aufstellung einer neuen Klage solche gordischen Knoten zu durchhauen, war ihnen sympathisch, und wo sie daher ein Beispiel ähnlicher gesetzgeberischer Kunst erwähnt fanden, da trieb sie der Geist, diese Stelle zu erhalten und sie, wenn nötig, noch mehr zu dem von ihnen ausgeführten Manöver in Beziehung zu setzen, um ihr Vorgehen so gleichsam historisch zu fundieren.

Fanden sie daher bei Ulpian eine Klage, welche tollendae dubitationis causa eingeführt sein sollte, so wäre es zum Verwundern, wenn sie dieselbe nicht

[1]) a. a. O. S. 123 ff.

schon deshalb aus dem Schutte hervorgezogen und noch mit einigen eigenen Floskeln verziert hätten.

Da sich nun der Satz mit quotiens wegen der praescriptis verbis actio, der fernere von est enim bis bona fide wegen dieses letzteren Ausdruckes als verdächtig ankündigt[1]), so ist es wohl nicht zu viel vermutet, wenn man diese beiden Sätze als Machwerk der Kompilatoren ansieht, allerdings mit einer Ausnahme, nämlich des Wortes: aestimatoriam. Dieses können die Kompilatoren nicht geschrieben haben. Denn es macht den ganzen Satz unsinnig. Solchen Unsinn können wir aber niemandem zutrauen, welcher zum Gesetzgeben berufen ist, sondern nur einem Schreiber oder wenig unterrichteten Interpreten[2])[3]).

---

[1]) Gradenwitz a. a. O. S. 126; S. 109.

[2]) Weiter siehe oben S. 27.

[3]) Pernice (a. a. O. S. 452) hält das Wort aestimatoriam für jedenfalls echt, weil sonst die Ueberschrift des Titels: de aestimatoria nicht zu verstehen sei und will den Unsinn des Satzes dadurch heben, dass er als echte Fassung vermutet:

Quotiens . . . . dandam (praescriptis verbis actionem; hic ergo dandam) aestimatoriam praescriptis verbis actionem, wovon dann später die eingeklammerten Worte weggefallen seien. Den Wegfall erklärt er durch das homoteleuton.

Pernice traut den Kompilatoren nicht zu, dass sie als Ueberschrift über den Titel ein Wort gesetzt hätten, welches in dem Text nicht vorgekommen wäre.

Uns erscheint zunächst die Ableitung der Rubrik: de aestimatoria aus den zweifellos echten Anfangsworten Ulpian's: actio de aestimato proponitur sehr einfach und die Abänderung durch die Sprachgesetze geboten.

Denn die Ueberschrift de aestimato würde wohl nicht auf eine Elipse von de actione: (de actione de aestimato) hingedeutet haben, sondern hätte als „über das aestimatum" gedeutet werden müssen. Auch die Kompilatoren liebten es aber, wie bekannt, von den Actionen, nicht von den Geschäften, zu handeln.

Wenn wir uns so das Verhältnis der Kompilatoren zu dem in unserem Titel enthaltenen Stoffe vorstellen, so glauben wir zu dem, was nach Ausscheidung jener beiden Sätze von dem Titel übrig bleibt, die Stellung einnehmen zu müssen, dass wir sagen: so lange uns nicht nachgewiesen wird, dass etwas verderbt ist, haben wir keinen Grund, es als dem Ulpian oder Paulus untergeschoben anzusehen. Wir müssen versuchen, herauszulesen, was darin steckt, und wenn sich

---

Jene einfache Zasammenstellung durch die Praeposition wäre ferner auch syntaktisch bedenklich gewesen.

Ferner hält Pernice bei seiner Ausführung den Satz im allgemeinen noch für ein Machwerk Ulpians, nämlich für eine Nachschreiberei von Papinian's (D 19. 5. 1. pr.) oder Celsus' (D 19. 5. 2.) Gedanken. Wir müssen aber seit Gradenwitz' Ausführungen S. 126. 109 annehmen, dass der ganze Satz, in welchem das Wort steht, jedenfalls der Fassung nach, von den Kompilatoren herstammt. Das Wort aestimatoriam wäre also, wahrscheinlich von den Kompilatoren erst in den Titel hineingebracht, ja, da es sonst in Anwendung auf unseren Thatbestand nicht überliefert ist, auch wenn die Kompilatoren es im Texte geschrieben hätten, von ihnen erst aus „aestimatum" abgeleitet worden.

Ist es nun zu kühn, anzunehmen, es sei von den Kompilatoren nicht erst im Texte gebildet und dann in der Rubrik verwendet, sondern unmittelbar aus jenen Anfangsworten für die Ueberschrift hergeleitet worden?

Uebrigens bemerken wir, dass die ganze Zusammensetzung „aestimatoriam praescriptis verbis actionem" und damit das homoteleuton Pernice selbst, welcher mit Recht (a. a. O. S. 451) ausführt „die actio praescriptis verbis sei ein ganz freies Gebilde, nicht etwa eine Nachahmung der actio aestimatoria", recht wunderbar erscheinen muss.

Uns erscheint, ohne dass wir hier darauf näher eingehen wollen (Vgl. Lipp. a. a. O.), der ganze Begriff aestimatoria praescriptis verbis actio unterhöhlt, hervorgerufen eben durch den nachträglichen Zusatz „aestimatoriam" in unserer Stelle.

der Zusammenhang darin nicht überall feststellen lässt, was bei dem Eingreifen der Kompilatoren erklärlich ist, uns mit einzelnen Brocken begnügen[1]).

Der Beginn des Titels stellt sich uns als eine Ausführung Ulpians dar, wie er sie beinahe schablonen-

[1]) Das grösste an Streichungen, Aenderungen und Ergänzungen in dem Titel leistet Liebert (a. a. O. S. 102 ff.). Er will die ganze Auslassung über die Gefahr streichen, ein Unternehmen, welches, wie wir oben (S. 11 ff.) sahen, durchaus verfehlt ist. Subsidiär will er den Satz aut igitur etc. umstellen hinter quae de bonae fidei judiciis diximus und zwar deshalb, weil jener als Folge der Gefahr recht undeutlich ausgedrückt sei. Er sieht in dem Satze mit aut-aut debebit eine alternative Verbindlichkeit, welche der Empfänger nicht der Gefahr wegen, sondern deshalb trage, weil er die dahinzielende obligatio übernahm, in welcher von der Gefahr gar nicht die Rede zu sein brauchte. Es sei nicht logisch zu sagen: er trägt die Gefahr, folglich muss er die Sache in unverdorbenem Zustande oder die aestimatio leisten; logisch wäre nur: folglich muss er das eine oder das andere auf alle Fälle leisten, ohne dass er sich durch den casu erfolgten Untergang der res exculpieren könnte (a. a. O. S. 106).

Wir sagen dagegen: aut-aut debebit heisst weiter nichts, als was auch Liebert für logisch hält, nämlich: er wird das oder das leisten müssen (scilicet, wenn er nicht verurteilt werden will); leistet er nicht (auf jeden Fall) eines oder das andere, so wird er verurteilt; dieses ist eine weitere Ausführung des Ausdrucks: er trägt die Gefahr, nicht die Behauptung einer alternativen Verbindlichkeit. Eine solche trägt der Empfänger überhaupt nicht, wie männiglich bekannt, er hat auch nicht die dahin zielende Obligation übernommen, sondern nur eine res aestimata vendenda accipiert.

Ferner will Liebert (a. a. O. S. 104 ff.) noch weitläufige Mittelglieder einschieben, um den Zusammenhang zwischen den Teilen der Stelle, welche von der aestimatorischen Klage im Allgemeinen und denen, welche von der Trödelklage handeln, herzustellen, Luftschlösser ohne jede Berechtigung und Notwendigkeit und ohne allen Boden unter den Füssen.

mässig gemacht hat.[1]) Er ist in seinem Ediktskommentar auf eine neue Formel gestossen und fragt sich nun, wie er dieses so oft thut, (vgl. z. B. l. 1 pr. D. 2,7; l. 1 pr. D. 3,1; l. 1 pr. D. 3,5): Weshalb ist die actio proponiert? Weshalb ist sie gerade hier proponiert? Diese Frage beantwortet er sich oft nach seinem eigenen besten Dafürhalten, welches nicht notwendig immer das richtige zu treffen braucht. Wir erinnern hier zum Beispiel daran, wie Ulpian die Stellung der adjekticischen Klagen zu einander motiviert (l. 1 D. 15,1) eine Begründung, welche Lenel[2]) mit Recht als durchaus verfehlt und den Intentionen des Präter schwerlich entsprechend hinstellt. Es ist ja auch gar nicht wahrscheinlich, dass die Originalmotive des Praters, welche im Ediktum perpetuum natürlich keinen Platz gefunden haben, bis auf Ulpians Zeiten unentstellt überliefert sein sollten. Wir brauchen daher auch in unserem Falle die Motive, welche Ulpian für die Aufstellung der actio de aestimato giebt, nicht anders anzusehen, denn als einen Versuch Ulpians, die Erwägungen des Gesetzgebers zu rekonstruieren. Hingegen spricht, wie wir oben[3]) sahen, alles dafür, dass Ulpian durch den Satz: „cum res aestimata venidenda" datur den Thatbestand, vielleicht mit den Worten des Edikts selbst, wiedergiebt, für welchen die actio proponiert worden ist.

Als ferneres Goldkorn aus dem von den Kompilatoren verschuldeten Wuste taucht uns der Satz auf: quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei

[1]) Vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller, a. a. O. S 450 ff.
[2]) Edictum perpetuum S. 31.
[3]) S. 26 ff.

judiciis diximus; aestimatio autem facit periculum eius qui suscepit; aut igitur rem ipsam debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. Nichts hindert uns, auch diesen Satz für ulpianisch zu halten [1]).

In seinem ersten Teile verweist der Jurist auf die von ihm zu den bonae fidei judiciis gemachten Erörterungen; im zweiten berichtet er von einer dem Thatbestand in proposito eigentümlichen Norm: Die Gefahr trägt der Empfänger und zwar wegen der aestimatio.

Sehen wir auch von dieser Motivierung als einer vielleicht vom Juristen herrührenden ab, so bleibt uns von der l. 1 als eine Bestimmung des älteren römischen Rechtes etwa folgendes übrig: actio de aestimato proponitur, quum res aestimata vendenda datur. Periculum est eius qui suscepit.

Hierzu kommt noch die l. 2 von Paulus: haec actio utilis est, etsi merces intervenit.

Was Paulus vorher gesagt hat, haben die Kompilatoren weggelassen, entweder, weil hier nur von dem die Rede war, was sie schon durch den Mund Ulpians ausgesprochen hatten, vielleicht auch deshalb, weil hier etwas stand, was von ihren eigenen und den von ihnen mit Freuden begrüssten ulpianischen Gedanken abwich.

2. Um der Frage, ob der von uns so festgestellte Thatbestand des Titels 19,3 mit dem in l. 17 § 1 bez. mit dem des Trödelvertrages identisch sei, und ob bei diesem der Trödler die Gefahr trage, auf den Grund zu kommen, wollen wir dem rem aestimatam vendendam dare einmal genauer nachspüren und zu dem

[1]) Vgl. oben S. 12 ff.

Zwecke zunächst festzustellen versuchen, in wessen Nachbarschaft wir das Geschäft bei den Römern finden.

In den Digesten hat es seinen Platz, wie gesagt, hinter allen anderen Consensualkontrakten, überhaupt allen Klagen aus Verkehrsgeschäften, vor dem Tausche und dem von den Kompilatoren gebildeten Anhangstitel de praescriptis verbis et in factum actionibus.

Die Stellung vor den praescriptis verbis actionibus und vor dem Tausche hat die durch den Zusatz „praescriptis verbis" zu aestimatoriam im Titel 19. 3 und im § 28 I. 4. 6 sowie durch das Fehlen einer allgemeinen Formel für praescriptis verbis actiones im Edikte hervorgerufene Ansicht wahrscheinlicher gemacht, als wenn die actio de aestimato der Ausgangspunkt für alle anderen actiones praescriptis verbis gewesen sei[1]).

Diese Ansicht scheint uns jeder Unterlage zu entbehren. Wenn man nämlich das Zusammenbringen von praescriptis verbis und aestimatoria actio im Titel 19. 3 als durch die Kompilatoren und einen späteren Interpreten verschuldet ansieht, auch, was nach Gradenwitz[2]) unumgänglich ist, die Erwähnung der praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, auf eigene Gedanken der justinianischen Gesetzgeber zurückführt, so bleiben für eine solche Annahme nicht die geringsten Anhaltspunkte in den Quellen übrig.[3])

Nicht nur, dass in den allgemeinen Stellen über die actio in factum civilis am Anfang des Titels 19. 5 nicht einmal durch die Kompilatoren auf die actio de

[1]) Vgl. Dernburg, Band II. S. 20. Anm. 15 und die citierten.
[2]) a. a. O. S. 108.
[3]) Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 451.

aestimato verwiesen wird, es wird überhaupt niemals, wo von den Juristen eine solche Klage empfohlen wird, eine actio ad exemplum der actio de aestimato erteilt[1]), ja in keiner Stelle, wo eine actio in factum oder ein agere praescriptis verbis auftritt, erwähnen die Schriftsteller auch nur die actio de aestimato, nicht einmal da, wo ein ganz ähnlicher Thatbestand, wie im Titel 19. 3, nach manchen derselbe vorliegt, z. B. in l. 19 D. 19. 5. Ja, noch mehr: ein den römischen Juristen bewusster, gemeinsamer Ursprung der „actiones praescriptis verbis und in factum von der actio de aestimato müsste doch mindestens zur Folge haben, dass in den Kommentaren der Juristen diese Klagen im Anschluss an die Mutterklage ex professo behandelt würden, sicherlich aber sich zahlreiche Fälle von dergleichen Klagen an die actio de aestimato anschlössen. Nehmen wir aber nur die von den Kompilatoren in den Titel 19. 5 zusammengetragenen Stellen aus dem ulpianischen Kommentar, l. 11, 17, 18, 19. so sehen wir, dass von den vier Stellen nur eine mit der actio de aestimato auch nur in demselben Buche steht.

Die actio de aestimato ist nämlich, wie die von niemanden bezweifelte Inscription der l. 1 unseres Titels besagt, von Ulpian im 32. Buche seines Ediktskommentars und zwar, da Ulpian auf die noch sonst dort besprochenen Kauf- und Mietklagen verweist und hervorhebt, dass die actio de aestimato sich mit keiner recht decke, wohl am Schlusse des Buches behandelt

---

[1]) Wie dieses für die Tauschklage evident aus Fr. 1 § 1 D de rer perm: si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur, erhellen soll (Lenel Edikt S. 238), ist uns unerfindlich.

worden[1]). Dann stimmt Ulpians Reihenfolge auch mit derjenigen der Kompilatoren überein, welche sich wiederum entweder an ihn angeschlossen oder mit ihm aus der gemeinschaftlichen Quelle des Edikts geschöpft haben können.

Von jenen vier Stellen, in welchen praescriptis verbis agere u. s. w. erwähnt wird, stehen drei, l. 17, 18, 19 im 28., 30., 31. Buche des Kommentars. l. 20 steht im 32. Buche. Dass in ihr direkt die actio de aestimato besprochen werde — die Behauptung muss man allerdings aus Lenels Bemerkung in seinem Edikte[2]) herauslesen, die hat aber Lenel selbst wohl nicht aufstellen wollen[3]); denn es liegt ja nicht der geringste Anklang an eine actio de aestimato oder an den Thatbestand derselben vor[4]).

Lenel hat nur aus dem Vorkommen des praescriptis verbis agere, welches er überall für einen Ausfluss aus der actio de aestimato hält[5]), auf die Nachbarschaft dieser und jener Stelle und aus dieser Nachbarschaft hinwiederum auf die Richtigkeit der Annahme, die l. 1 D. 19,3 stamme aus dem 32. Buche Ulpians, schliessen wollen. In seiner Palingenesia[6]) schreibt er bei der l. 20: Jam ad hunc titulum haec referre malim quam ad titulum de aestimato: er lässt

[1]) Vgl. Lenel Edictum perpetum S. 237 und XIV, wo er allerdings die Klage wegen der von ihm fälschlich konstruierten Stellung bei Paulus vor die Kauf- und Mietklagen setzt; anders Palingenesia II S. 642 und 1250 n. 4. 1251.

[2]) S. 237 Anm 10.

[3]) Vgl. Gradenwitz a. a. O. S. 138.

[4]) Viel eher in der l. 19 cit, welche im 31. Buche Ulpians steht.

[5]) Vgl. Edictum S. 238.

[6]) Band II S. 636 Anm. 4.

damit der Thatsache ihr Recht widerfahren, dass actiones praescriptis verbis der Kompilatoren, actiones in factum civiles und agere praescriptis verbis allenthalben bei Zweifeln zwischen zwei Klagen auftauchen. Von der actio de aestimato emanzipiert er aber diese Allerweltsklagen doch immer noch nicht vollständig. Denn in der Palingenesia Band I. S. 358 so gut wie im Edictum S. 237 Anm. 13 will er den Titel de aestimato ins 14. Buch der Digesten Julians verweisen, zweier Stellen wegen, von welchen die eine, die bekannte l. 3 D. 19,5: in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt, in der Kompilation allerdings auf eine in factum civilis actio Papinians zurückweist[1]), ohne bei ihrer relativischen Anknüpfung überhaupt auf eine prinzipielle Behandlung dieser Klagen an der betreffenden Stelle, geschweige denn auf einen Zusammenhang mit der actio de aestimato auch nur im geringsten schliessen zu lassen. Die andere Stelle vollends, l. 2 D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis 37.15 weiss auch von einer actio in factum nichts, sondern sagt nur, dass weder die actio de dolo noch injuriarum gegen parentes und patroni zustehe; diese Stelle hat sich, scheint uns ihrem ganzen Inhalte nach, vielleicht aus dem XL. in das XIV. Buch Julians verirrt.

---

[1]) Bei Julian selbst bezieht sich das in quam vielleicht nur auf eine actio in factum a praetore danda, welche Julian, wie aus l. 7 § 2 D. 2. 14 hervorgeht, prinzipiell statt jener in factum bzw. incerti civiles befürwortet zu haben scheint; vielleicht als Verfechter prätorischer Amtsbefugnis im Gegensatz zu wissenschaftlichen Neubildungsversuchen anderer Juristen?

Ueber actiones in factum hat Julian ausser im 14. auch im 11. Buche seiner Digesten gesprochen (vgl. l. 13 pr. § 1 D. 19,5); von actiones praescriptis verbis, auch praescriptis verbis agere sagt er überhaupt nichts, über actio de aestimato ist uns von ihm keine Stelle erhalten, wir wissen nicht, wo er sie behandelt haben mag.

Nicht besser sind wir bei Gaius beraten. Auch von ihm existiert eine Stelle, aus dem 10. Buche seines Ediktes, l. 22, D. 19,5, in welcher er, allerdings abweichend von seinen Institutionen III. § 143 und 162, in dem zweifelhaften Falle: si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim für gewisse Eventualitäten ein in factum judicium vorschlägt. Hier haben die Kompilatoren hinzugefügt: id est praescriptis verbis[1]), und dieses Wort allein wieder hat Lenel verführt, die actio de aestimato von Gaius im 10. Buche seines Provinzialediktes behandeln zu lassen. In der Palingenesia (I p. 216) rückt er allerdings die Stelle stillschweigend unter locati conducti, wohin sie auch offenbar gehört.

Uebrig gelassen haben wir uns noch die Paulusstelle, welche die Kompilatoren unter den Titel de aestimatoria eingereiht haben. Sie ist inscribiert Paulus libro trigesimo ad edictum. Diese Inscription hält Lenel nicht für richtig, obwohl er vorher feststellt[2]), dass die Inscriptionen sorgfältig revidiert sind.

Er hat dann im Edikt[3]) die Inscription XXX in XXXII ändern wollen in demselben Bestreben, die actio de aestimato mit einer von Paulus empfohlenen

[1]) Vgl. Gradenwitz S. 125, Edictum S. 237.
[2]) Edictum S. 4.
[3]) S. 237.

actio in factum, der Tauschklage (l. 1 § 1 D. 19,4) unter einen Hut zu bringen. Nun hat er bemerkt, dass, was allerdings auch offenbar war, der Tausch bei Paulus im engsten Anschluss an den Kauf behandelt ist, ändert deshalb wohl mit Recht die Inscription der l. 1 D. 19,4 aus XXXII in XXXIII[1]) und trennt so wiederum mit Recht die beiden actiones: praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur und ea quae ex permutatione competit. Allein die l. 2 D. 19.3 lässt er nun doch nicht stehen, wo sie steht, sondern setzt sie aus dem XXX. in das XXXIV. Buch und zwar an den Schluss desselben.

Der Zweck, welchen er damit erstrebt, ist erkennbar. Er will bei Paulus dieselbe Ordnung herstellen, welche er bei den Kompilatoren findet und welche er bei Ulpian, wie er Palingenesia Band II S. 1280 n. 4 sagt, früher nur um jenes paulinischen Tauschfragmentes willen durchbrochen hatte. Dieser Zweck ist aber durchaus nicht ein solcher, welchen zu erreichen alle möglichen Mittel angewendet werden müssen. Denn die Reihenfolge in den Werken der Kompilatoren, Ulpians und des Paulus ist durchaus nicht immer dieselbe. Es finden sich Abweichungen auch sonst[2]), darunter eine ganz erhebliche, bei welcher Ulpian und die Kompilatoren im Gegensatze zu Paulus stehen. Dort erklärt der Wiederhersteller des prätorischen Edikts die Differenz so, dass er sagt, Ulpian und die Kompilatoren hätten in systematisierender Absicht die bisherige Ordnung verrückt.

Könnte ein solches nicht auch hier geschehen sein?

---

[1]) Palingenesia Bd. I S. 1034 Anm. 2.

[2]) Vgl. Lenel Edictum S. 7.

Ulpians Auseinandersetzung darüber, mit welchen Klagen sich die in proposito berühre, hat fast den Anstrich, als sollte sie auch die Stellung dieser Klage hinter jenen allen begründen. Von den Kompilatoren wissen wir, dass sie an der betreffenden Stelle ihres Werkes eine bedeutende Einschiebung in das System gemacht haben, wissen wir, dass ihnen die ulpianische Erörterung und Platzanweisung sehr sympathisch sein musste; kann es uns da Wunder nehmen, wenn wir hier einen Zwiespalt Ulpians und der Kompilatoren einer-, Paulus' andererseits finden?

Halten wir eine Vereinigung nicht für notwendig, so ist eine Veränderung der Inscription der paulinischen Stelle gar nicht geboten. Lenel hat es offenbar für unannehmbar gehalten, dass die actio de aestimato, anstatt so schön zwischen all den Klagen, mit welchen sie seit tausend Jahren verglichen worden ist, bei Paulus im XXX. Buche neben der institoria und tributoria actio, neben den Titeln: quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur und ad Senatus consultum Vellaeanum stehen soll; und weil ihm nun die schöne Systematik winkte, ist er hier ganz leicht von seinem Grundsatze, dem ursprünglichen Zusammenhange der Stellen auf Grund der überlieferten Inscription beizukommen (Ediktum S. 4), abgewichen und hat die Inscription des Paulus für verderbt, in XXX. aus XXXIIII. verändert erklärt.

Erscheint uns diese Verderbung an und für sich, wenigstens wenn man Fahrlässigkeit annimmt, etwas unwahrscheinlich, so glauben wir andererseits, Lenel hätte auch hier, wäre er bei der überlieferten Inscription geblieben, „interessante Entdeckungen machen

können“ [1]). Zunächst war bemerkenswert, dass die Stelle, an welcher bei Paulus die Blume aestimatoria wächst, gerade die ist, an welcher Ulpian, wie Lenel selbst zugiebt [2]), nachweislich keine grosse Ortskenntnis besitzt, die Stelle [3]), deren Zusammenhang er durchaus nicht verstanden hat. Er hat nicht verstanden, welches innere Band die actio exercitoria, institoria und tributoria verbindet, er hat sich vielleicht auch nicht, so wenig wie Lenel, denken können, dass die actio de aestimato zu jenen Klagen passe. Um jener Zusammenstehen zu erklären, hat der Jurist ein ganz unhaltbares Einteilungsprinzip erfunden und dem Praetor untergeschoben; wäre es da so sehr unwahrscheinlich, dass er die aestimatoria von dem Boden der adjekticischen Klagen, in welchem sie seiner Ansicht nach gar nicht zu gedeihen schien, verpflanzte, dass er eine Pflanze, welche ihm überhaupt zweifelhaft erschien, an das äusserste Ende seines Herbariums legte?

Wer den Zusammenhang kennt, welchen Baron zwischen jenen Klagen aufgefunden hat, der in dem Ursprung aus dem gewerbemässigen Geschäftsbetriebe durch einen anderen besteht, der dürfte eigentlich keinen Anstoss daran nehmen, dass er in der Gesellschaft jener Klagen auch eine findet mit dem Thatbestande: cum res aestimata vendenda datur. Die Aehnlichkeit des Verhältnisses ist doch eine wunderbar grosse. In l. 5 § 18 D. 14. 4 heisst es: quod si dedi mercem meam vendendam, was von manchen ja sogar für vollständig mit unserem Thatbestande congruent

[1]) Vgl. Edictum S. 4.
[2]) Edictum S. 31.
[3]) Vgl. Baron Z. S. für Handelsrecht Band 27 S. 120 ff.

gehalten wird. In l. 11 § 8 D. 14. 3 steht: quod si mercem meam vendendam mandaverim und in l. 5 § 3 D. eodem: sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarii vel linteарii dant vestem circumferendam et distrahendam, quos vulgo circitores appellamus. Weiter wissen wir aus der von Ihering angezogenen Stelle aus Plautus Mercator v. 94: Lucrum ingens facio — praeterquam mihi meus pater dedit aestimatas mercis; ita peculium conficio grande, dass thatsächlich Geschäfte, bei welchen der eine Contrahent geschätzte Waren (zum Verkaufe) bekam und der Ueberschuss seines Erlöses über die Schätzungssumme sein bezw. des Peculium Vorteil war, in Rom schon sehr früh zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen vorgekommen sind, also auf dem Boden, welchem die adjekticischen Klagen entsprossen sind. Wir nehmen daher keinen Anstand, die Inscription des Paulus zu lassen, wie sie ist; ja, wir gehen einen Schritt weiter und behaupten: Angesichts der Thatsache, dass die Prätoren öfter mehr nach wirtschaftlicher Zusammengehörigkeit als nach wissenschaftlicher Systematik vorgingen, bei der grossen wirtschaftlichen Aehnlichkeit der aestimatoria mit den im XXX. Buche des Paulus behandelten Klagen, bei dem offenbaren Nichtverständnis des Ulpian für das diesen Klagen gemeinsame, bei der Thatsache, dass Ulpian, welcher hier eine grosse systematische Veränderung der durch das Edikt gegebenen Reihenfolge zu machen scheint, auch sonst um des Systems willen von der Reihenfolge im Edikte abgewichen ist, wo Paulus[1]) sich streng an die gegebene Ordnung

[1]) Vgl. Lenel Edictum S. 7. 8.

hielt, — halten wir die Stellung, welche Paulus unserer Klage anweist, für die ursprüngliche, für die, welche sie im Edikte hatte.

Der Prätor oder Julian hat der wirtschaftlichen Aehnlichkeit der Thatbestände so viel Gewicht beigemessen, dass er die betreffenden Klagen zusammenstellte. Das ist derselbe Gedanke, welcher später auch noch die lex Rhodia de jactu, welche nur durch die gewerbliche Thätigkeit mit jenen Klagen verbunden ist, in das XIV. Buch der Pandekten, welcher auch das ädilicische Edikt in die Nähe der actio emti venditi gebracht hat, schliesslich derselbe Gedanke, welcher z. B. auch die ganze Anordnung des preussischen Landrechts beherrscht. — Wirtschaftliche Zusammengehörigkeit muss es allerdings gewesen sein, kraft welcher die actio aestimatoria in jenem Titel des Ediktes Aufnahme gefunden hat. Denn juristisch unterscheidet sie sich ja grundsätzlich von den dortigen Klagen durch ihre Selbständigkeit, dadurch, dass sie von dem Geschäftsherrn gegen denjenigen angestellt wird, welcher für ihn Waren verkauft, während die institoria und tributoria das Interesse des Käufers vom institor gegenüber dem Herrn bezüglich Beauftrager des Verkäufers wahrnehmen.

Für jenes Interesse bedurfte es keiner Klage, solange der Geschäftsherr den Verkäufer in seiner potestas hatte.

Wie war es aber, wenn jemand durch einen fremder Gewalt unterworfenen oder gar durch einen Gewaltfreien solche Verkaufsgeschäfte betrieb?

Ulpian selbst wirft und zwar sogleich bei seiner Einleitung zu der actio institoria in l 1 diese Frage auf: si autem ad alienum servum vel etiam hominem liberum . . .

actione deficietur (d. h. gegen den dritten) ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Hier ist zunächst zu bemerken, wie naheliegend selbst für Ulpian es war, bei Gelegenheit der actio institoria auch das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Verkäufer zu erörtern. Sodann aber ist die Verweisung Ulpians auf die actio mandati vel negotiorum gestorum eigentlich verwunderlich. Denn es ist nicht wohl anzunehmen, dass ein fremder Sklave gratis für einen fremden Herrn Geschäfte betrieben, noch viel weniger, dass ein Freier sich dem im alten Rom doch sicher nicht sehr angesehenen Berufe des Verkaufens für andere aus Liebhaberei hingegeben habe. Dass aber gegen einen Menschen, welcher gegen Entgelt einen Sklaven zum Geschäftsbetriebe verlieh oder gegen einen Freien, welcher selbst gegen Entgelt fremde Waren verkaufte, zumal in älterer Zeit, die actio mandati gegeben worden sei, muss uns wegen des Herkommens dieser Klage ex officio atque amicitia, wegen ihrer Scheu vor jeder merces (vgl. l. 1 D. 17,1) ihres Fehlens selbst bei Aerzten, bei Professoren oder Feldmessern doch sehr unwahrscheinlich vorkommen. Wäre eine merces ausgemacht, so hätte die actio locati statthaben können, wie sie z. B. dem exercitor gegen den magister im fr. 1 § 18 D. 14,1 von Ulpian freigestellt wird.

Wie war es aber, wenn keine merces ausgemacht war, jedenfalls keine certa, und das Geschäft doch nicht unentgeltlich geschlossen war, wie war es, wenn ein Wareneigentümer alieno servo vel etiam homini libero mercem, nicht circumferendam et distrahendam gab, was ja von Ulpian ausdrücklich der institoria actio unterstellt wird (l. 5 § 3 D 14. 3) sondern wenn er ihm

„merces aestimatas dedit, so dass der Verkäufer praeter aestimationem lucrum ingens facere, peculium grande, hier einfach pecuniam grandem conficere konnte? Hier durfte man wohl keine actio locati geben, auch keine actio mandati. Hier klaffte also offenbar eine Lücke und hier war der Platz, an welchem die actio de aestimato eintreten konnte und unseres Erachtens eingetreten ist. Insoweit erweisen sich also Ulpian's Erörterungen in l. 1 pr. D 19. 3 als der Wirklichkeit entsprechend. Dass er bei der institoria actio gar nicht an die actio de aestimato gedacht hat, beruht eben darauf, dass er, wenngleich er den Boden der actio de aestimato in der l. 1 cit. de institoria unbewusst betrat, die Zusammengehörigkeit der beiden Klagen nicht verstanden hat.

Haben wir so gefunden, in welche Sphäre die actio de aestimato zu verweisen ist, so müssen wir jetzt der Frage der Normierung der Gefahr bei ihr wieder näher treten.

Wunderbar würden wir es wohl nicht finden, wenn derjenige, welcher bei einem Geschäfte lucrum machen konnte[1]), auch die Gefahr getragen hätte. Sehr erklärlich finden wir es ferner, wenn bei einem Geschäfte, welches wahrscheinlich aus dem Verhältnis von Gewalthaber zu Gewaltunterworfenen hervorgegangen ist, welche bekanntlich so zu einander

[1]) Wir nehmen hierbei an, dass ein Herr, wenn er seinem Sklaven nach dessen Freilassung, seinem Haussohn nach dessen Emancipation oder einem freien Trödler Sachen unter einer Schätzung zum Verkaufe gab, die Schätzungssumme, wenn auch vielleicht höher, doch jedenfalls so bemessen habe, dass der „Trödler" auf einen Gewinn rechnen konnte.

standen, dass jener, hätte dieser ihm anvertraute Waren verloren, nicht nur ihm von seinem peculium einen Ersatzabzug machen, sondern ihm einfach das ganze peculium abnehmen konnte, wenn bei einem solchen Geschäfte, auch nachdem es aus der Knechtschaft an die Luft der Freiheit geführt worden war, eine strenge Haftung beibehalten worden wäre. Sehr erklärlich würde es uns erscheinen, wenn die römischen nobiles, welchen es verboten war, grosse Handelsgeschäfte[1]) zu treiben, welche sich höchstens, wie z. B. der ältere Cato, an den Geschäften ihrer Freigelassenen[2]) beteiligten, gegen diese Freigelassenen, durch welche sie vielleicht ihre landwirtschaftlichen Produkte verkaufen liessen, ein strenges Recht, sei es nun durch Gesetz, sei es durch Edikt, sei es durch Interpretation der Juristen, sei es durch Praxis der Gerichte geschaffen hätten.

Ebenso wie die Römer ihren Pächtern den Schutz der Interdikte versagten, weil sie dieselben nicht aufkommen lassen wollten, ebenso werden sie sich auch nicht gescheut haben, den Verkäufern ihrer Waaren die ganze Gefahr aufzubürden, auch wenn diese Massnahme, was sie in Wirklichkeit, wie wir sahen, nicht ist, wenigstens in Ansehung der römischen Anschauung über Gefahrtragung z. B. des Käufers nicht ist, eine unbillige gewesen wäre.

Wie das Verhältnis der aestimatio zur Gefahrtragung ursprünglich gewesen ist, lässt sich wegen mangelnder Angaben nicht feststellen. Ulpian führt, wie gesagt, die Gefahrtragung auf die aestimatio

[1]) Vgl. Nitzsch, römische Geschichte. II, S. 157.
[2]) Nitzsch I, S. 237.

zurück, ohne indessen, richtig verstanden, etwas anderes zu behaupten, als: das Vorhandensein der aestimatio sei der Grund, dass der Empfänger der zu verkaufenden Ware für jeden Verderb derselben verantwortlich zu machen sei.

Ob sich zu der Zeit, als das Geschäft aufkam, schon anderweitig die bestimmte Wirkung der aestimatio herausgebildet hatte, so dass man sie vielleicht hier einfügte, um das Geschäft jenen Wirkungen zu unterstellen, oder ob die aestimatio von vornherein zum Thatbestande des Geschäfts gehört hat, vielleicht zuerst von den Parteien vorgenommen ist, nur, um den Wert der Sache für den Fall der Haftung festzusetzen, oder die Vollmacht zum Verkaufen durch einen bestimmten Preis zu beschränken, dann bei der gesetzlichen Regelung vom Gesetzgeber als Anhaltspunkt für die beabsichtigte, strenge Heranziehung des „Trödlers“ benutzt worden ist, lässt sich nicht ermitteln. Vermuten könnte man das letztere, wenn man annähme, was auch nicht sicher ist, dass die Klage vom Prätor neu eingeführt worden sei, man andererseits wüsste, dass zu der Zeit des Plautus, in welcher schon aestimatio bei dem Embryo des Vertrages vorkommt, der Prätor noch keine neuen Klagen gegeben hätte. Wenn man aber die aestimatio hier als ursprüngliche Parteiabrede ansähe, so wird ihr ursprünglicher Sinn wohl kaum eine Uebertragung der Gefahr gewesen sein. Die hätte man doch viel einfacher durch ausdrückliche Verabredung: Du trägst die Gefahr, oder: Du bringst auf jeden Fall die Sache zurück, bewirken können. Für die älteste Zeit wird man daher wohl mit Wendt[1]) sagen können, dass die

[1]) a. a. O. S. 387.

natürliche Art der aestimatio wie bei uns die aestimatio taxationis gratia gewesen sei oder höchstens eine Beschränkung der Vollmacht.

Später hat sich, wie der Ausspruch Ulpians zeigt, vielleicht durch Eingreifen des Prätors oder der Juristen die Sache wesentlich geändert. Jetzt wird aestimatio bei vendendum dare als Uebertragung der Gefahr ausgelegt.

Capitel III.

Vendendum dare.

Hätten wir nun nichts von der l 17 § 1 D 19. 5 zu fürchten, so wären wir mit dem Titel 19. 3 der Pandekten ganz versöhnt, auch mit seiner Entscheidung über die Gefahrtragung.

Um mit jener Stelle aber Frieden zu schliessen, müssen wir uns nach den Erfahrungen, welche wir gemacht haben, zunächst angelegen sein lassen, festzustellen, ob wirklich diese l 17 eine Entscheidung über denselben Thatbestand wie der des Titels 19. 3 ist oder nicht.

Dazu halten wir es für dienlich, einmal alle in den Quellen beschriebenen Thatbestände, welche mit dem unsrigen nahe verwandt zu sein scheinen, zu durchmustern, ob sich vielleicht irgendwo der in l 17 unterbringen lässt.

Wir wollen hier nicht, wie Cohn es thut, noch einmal alle Fälle, in welchen aestimatio vorkommt, durchlaufen, — die Arbeit ist gethan, und wir werden grossen Nutzen aus ihr ziehen können — vorläufig gehen wir, um einmal gründliche Bekanntschaft mit den Blutsverwandten unseres Geschäftes zu machen, von dem vendendum dare aus. Denn die Gruppe aller mit

aestimatio behafteten Geschäfte kann man doch eigentlich nur als einen Verband von Gentilen, qui eodem nomine conjuncti sunt, auffassen.

1. Zunächst haben wir uns mit einer von Brinz[1]) aufgebrachten, von Liebert[2]) geteilten Auffassung auseinanderzusetzen, der Trödelvertrag heisse bei den Römern mit einem technischen Namen vendendum dare: umgekehrt; überall, wo von vendendum dare gesprochen werde, sei im Zweifel vom Trödelvertrage die Rede, zu dessen Thatbestande aber auch die aestimatio gehöre, welche dann hinzugedacht werden müsse[3]).

Brinz stützt diese seine Behauptung insbesondere auf l 11 D 12. 1, indem er ausführt, das dort vorkommende nackte: quemadmodum si alii dedissem vendendam könne nicht auf ein Mandat deuten, sondern müsse den Trödelvertrag enthalten. Dass diese Annahme von Brinz durchaus verfehlt ist, hat schon Cohn[4]) nachgewiesen. Es hat sich aber noch eine Stelle gefunden, aus welcher deutlich hervorgeht, dass vendendum dare durchaus nicht mit dem Trödelvertrage identisch ist. Wenn nämlich unter allen Bearbeitern des Stoffes feststeht, dass auch der Thatbestand des Titels 19. 3 dem Trödler das Recht giebt, den Ueberschuss seines Erlöses über die aestimatio zu behalten,

[1]) a. a. O. S. 4 ff.

[2]) a. a. O. S. 1.

[3]) So ist Brinz zu verstehen, weil er auf derselben Seite die aestimatio ausdrücklich als unter dem Namen vendendum dare verborgen bezeichnet; nicht, wie Wendt (a. a. O. S. 377) meint, als habe Brinz nachgewiesen, dass die aestimatio beim Trödelvertrage zwar etwas häufiges, vielleicht gar gewöhnliches, mit nichten aber das begriffliche und essentielle sei.

[4]) a. a. O. S. 33 ff.

so erhellt aus der schon citierten l 88 D 46. 3, dass dieses beim einfachen vendendum dare, wie natürlich, durchaus nicht der Fall ist. Scaevola sagt dort: Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit . . . . argentarii universum redactum venditionis soluerunt! Sie werden nicht mehr geleistet haben, als sie mussten.

Durch diese Stelle scheint uns nicht nur Brinz' Ansicht vom terminus technicus endgiltig aus dem Felde geschlagen, sondern auch schon die Auffassung in etwa gestärkt zu sein, dass vendendum dare allein, wenn kein Lohn ausgemacht ist, auf keine andere Obligation hindeute, als auf ein Mandat. Dass dare mit dem Gerundivum nicht gegen ein Mandat spricht, geht aus Gai III § 162 hervor[1]): in summa sciendum est, quotiens aliquid gratis faciendum dederim, quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem; veluti si fulloni polienda curandave vestimenta aut sarcinatori sarcienda. Dass bei distrahendum dare ohne Lohnabrede und ohne aestimatio die actio mandati keineswegs ausgeschlossen sein kann, geht aus der oben bereits citierten l 5 § 4 D 14. 3 in Verbindung mit der auch schon angezogenen l 1 eodem hervor. Freilich sind manche Stellen überliefert, in welchen ausdrücklich steht: rem vendendam mandare z. B. l 13 § 25 D 19. 1; l 15 § 2 D 44. 3; l 15 D 17. 1; l 5 § 3 D eodem. Aber das erklärt sich leicht entweder aus dem Gegenstande, dessen Verkauf aufgetragen wird: Sklaven, Grundstücke, welche man nicht so handgreiflich, wie Waren, übergiebt, oder

[1]) Vgl. Brinz a. a. O. S. 3.

aus der Liebe zur Kürze: mandatum distrahendorum servorum oder auch daraus, dass das obligatorische Verhältnis mit Rücksicht auf die actio präcisiert (z. B. in l 11 § 8 D 14. 3) oder das im Mandat liegende Verhältnis zu dritten hervorgehoben werden soll z. B. in l 13 § 25 D 14. 1: Si procurator vendidit, si modo dominus rem vendendam mandaverit. Bei vendendum dare ist die Hauptschuld, wie wir aus l 88 cit. ersehen, dieselbe, wie beim Mandate, die Gefahrtragung ist nach l 11 D 12. 1 ebenfalls dieselbe. Wir schliessen aus alle dem, wo wir rem vendendam dare ohne weiteres Beiwerk finden, auf Mandat und nehmen ein solches auch in l 11 D 12. 1 und in l 5 § 18 D 14, 4 an, welch letztere Stelle von vielen, z. B. von Wendt und auch wohl von Liebert[1]) mit zum Trödelvertrage gerechnet wird, trotzdem es dort nur heisst: Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, von aestimatio aber gar keine Rede ist[2]). Unter dieser ersten Gruppe von vendendum dare, welche wir zum Mandate stellen, dürfen wir die l 17 § 1 D 19. 5 und die ihr secundierende Paulusstelle so wenig wie die l 1 D 19. 3 zurücklassen, zunächst, weil im Thatbestande jener beiden Stellen vendendum dare gar nicht ausdrücklich erwähnt ist, sodann aber, weil ihre Entscheidungen sich mit dem Mandate nicht vertragen würden.

2. Eine zweite Gruppe von vendendum dare, welche wirtschaftlich von dem Mandate recht weit abliegt und bei den Römern ziemlich gebräuchlich gewesen zu sein scheint, umschliesst Fälle, in denen jemand Geld

[1]) a. a. O. S. 71 ff.

[2]) Brinz übergeht diese Stelle, müsste sie aber, wie Liebert (a. a. O. S. 71) bemerkt, auch zum Trödelvertrage rechnen.

borgen will, der andere statt dessen ihm Waren oder Wertstücke giebt zum Verkaufe und zur Verwendung des Kaufpreises im Interesse des Darlehenssuchers. Solche Fälle werden besprochen in l 4 § 1 D 12. 1 Ulpian libro 34 ad Sabinum, l 11 pr. D eodem Ulpian libro 26 ad edictum, l 19 pr. D 19. 5, Ulp. libro 31 ad edictum, l 34 pr. D. 17. 1 Africanus libro 8 quaestionum; C 8 cod. si certum petatur IV 2.

Hier trägt die Gefahr pecuniae ex argento redactae selbstverständlich der Empfänger (l 34 cit). Aber auch die Gefahr der Sache hat die Mehrzahl der römischen Juristen ihm aufgebürdet. Anders entscheidet Nerva in der l 11 cit. für den Fall, dass der Geber rem venalem habuit. Dann ist das Geschäft wirtschaftlich betrachtet zugleich ein Mandat, indem der Empfänger dem andern einen Dienst leistet, und ein Darlehen — Nerva lässt das erstere durchschlagen: der Geber trägt die Gefahr.

Geklagt wird in allen diesen Fällen, wenn der Empfänger bereits verkauft hat, mit der gewöhnlichen Darlehensklage, der condictio certi (puto mutuam pecuniam factam in l 11 cit).[1])

Haben die Römer diesen Thatbestand trotz der gleichen Voraussetzung vendendum dare, trotzdem dass

[1]) Vgl. auch c 8 Cod. cit: si certum petatur 4. 2. Africanus hatte für diesen Fall die Klage auf pecunia credita noch nicht für korrekt gehalten, vielmehr, wie aus l 34 cit, allerdings nicht ganz sicher hervorgeht, wohl an actio mandati gedacht. Diese Klage scheint nach der Behandlung des Falles im 31. Buche von Ulpians Ediktskommentar auch dann möglich gewesen zu sein, wenn noch nicht verkauft oder der Kaufpreis noch nicht in die Hände des Dahrlehnssuchers gekommen war. Potius ist es allerdings ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

die Sache (wie in c 8 cod. cit) gleich bei der Hingabe abgeschätzt wurde, ungeachtet auch der gleichen Verteilung der Gefahr durchaus nicht mit dem im Titel 19. 3 behandelten identifiziert, so ist es andererseits auch nicht thunlich, die l 17 § 1 diesem Thatbestande unterzuordnen. Es wird zwar auch dort von Ulpian eine Unterscheidung gemacht zwischen: si tu me rogasti und si ego te rogavi, wie hier zwischen venalen und nicht venalen Sachen. Aber beim Darlehen wäre doch wohl stets, auch wenn ich die Sache verkaufen wollte, zu sagen: tu me rogasti. Daher liesse sich weder der umgekehrte Fall, noch der dritte: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus in jene Form hineinpassen, abgesehen davon, dass von Geldborgen in der l 17 gar nicht gesprochen wird, und die Stelle aus dem 28 Buche Ulpians, aus der Besprechung der actio commodati herstammt.

3. Wieder andere Stellen sprechen von vendendum dare, ohne dass jene Veranlassung des Darlehensuchens dabei vorläge, und mit dem Zusatz: „certo pretio“ oder ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu habeas. Dahin gehören l. 44 D. 17. 2 Ulp. libr. 31 ad edictum und l. 13 pr D. 19. 5 Ulp. libr. 30 ad Sabinum. Für diese Fälle liegt nahe die actio pro socio. Ulpian bespricht sie daher auch bei Gelegenheit dieser Klage,[1]) will sie jedoch nur dann geben, si animo contrahendae societatis id actum sit. Sonst will er auch nicht die actio mandati anziehen, sondern in l. 13 cit. eine actio in factum quasi alio negotio gesto: anstatt dieser haben dann offenbar die Compilatoren in l. 44 cit, wo Ulpian

[1]) Vgl. Lenel Palingenesia, Bd. II, S. 625 u. 1131.

überhaupt gar nicht sagt, welche Klage er, wenn nicht die actio pro socio, vorschlage, hinzugefügt: si minus, praescriptis vertis.[1]) An die actio de aestimato findet sich auch hier kein Anklang. Es ist ja auch gar keine aestimatio ausdrücklich erwähnt, sondern nur die Festsetzung eines pretium, welches zurückgegeben werden soll. Wenn wir nun auch anerkennen, dass die durch aestimatio festgesetzte Summe hinterher oft mit pretium bezeichnet wird, so wissen wir doch andererseits zu viel aus den besonders von Chambon angestellten Untersuchungen über die verschiedenen Funktionen der aestimatio, als dass wir glauben könnten, auch umgekehrt müsse aus dem Vorkommen eines pretium oder aus der Verabredung, dass nur eine bestimmte Summe abgeliefert werden müsse, der Rest behalten werden dürfe, stets geschlossen werden, es liege derselbe Thatbestand vor, als wenn eine Sache einfach aestimata gegeben würde. Daher ist es schwerlich ein Zufall, dass die Römer diese Thatbestände von der actio de aestimato fern halten. Mindestens für das römische Recht hat Friedrichs Unrecht, wenn er gerade die beiden Stellen, l. 44 D. pro socio und l. 13 pr. D. praescriptis verbis für aus dem Titel 19. 3 verirrte leges hält.[2]) — Ueber die Tragung der Gefahr schweigen beide Stellen. Ob man ihnen wohl l. 17 § 1 zugesellen könnte? Der Thatbestand hier: „si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi redderes aut pretia eorum“ weicht ebenfalls durch die

[1]) Gradenwitz führt allerdings diese Stelle nicht auf, auch Lenel bemerkt nichts bei ihr; sie trägt aber alle Merkmale an sich, aus denen man nach Gradenwitz auf den betreffenden Zusatz der Compilatoren schliessen darf.

[2]) a. a. O. S. 9.

aestimatio von ihnen ab; allerdings nähert er sich der l. 13 nachher wieder durch das pretium; jedoch wird in l. 17 hinwiederum verabredet: ut aut eadem mihi adferres aut pretia eorum, in l. 13: ut quo pluris vendidisses tibi haberes und in l. 44: ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris quod excedit, tu haberes. Ferner fehlt wieder in l. 17 die Bestimmung: vendendum. Das alles scheint mindestens für Ulpian Grund genug zu sein, auch diesen und jene Thatbestände für innerlich verschieden zu halten; wenigstens behandelt er den einen Fall im 28. Buche des Ediktkommentars bei der Commodatsklage, die anderen an anderer Stelle bei Gelegenheit der actio pro socio.

Dass Ulpian ihnen dieselbe oder verschiedene Klagen eröffnet habe, kann man nicht sagen. Er hat sich in l. 17, da der Passus: actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis wohl von den Compilatoren herrührt[1]), wahrscheinlich nicht über die Klage ausgelassen; hätte er aber auch das praescriptis verbis hier, ja selbst auch in der l. 44 cit. geschrieben, so könnte man daraus doch noch nicht schliessen, dass er die Thatbestände für innerlich auch nur verwandt hielte; denn praescriptis verbis und in factum wurde eben, wie bekannt, aus den von einander verschiedensten Thatbeständen geklagt.

Aeusserlich wird sich trotzdem eine grosse Aehnlichkeit des Thatbestandes der l. 17 § 1 sowohl mit dem der beiden citierten Stellen, als auch mit dem in l. 1 pr. D. 19 3 proponierten nicht leugnen lassen.

---

[1]) vgl. Gradenwitz S. 134 Lenel Palingenesia II. S. 582 Anm. 2.

Capitel IV.

l 1 § 1 D 19. 3 und l 17 § 1 D 19. 5.

Für die Verschiedenheit der Entscheidungen im § 1 der l. 17 und in unserem Titel haben wir immer noch keine Erklärung gefunden. Stellen wir einmal die Thatbestände der beiden Stellen nackt dicht neben einander:

Cum res aestimata vendenda datur;

si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum; hier können wir zunächst schon einmal innehalten; denn das nachfolgende: deinde haec perierint ante venditionem wird zunächst in l. 1 § 1 auch vorausgesetzt, weil post venditionem sicher der dritte Käufer die Gefahr trägt. Dann unterscheidet sich dieses Stück des Thatbestandes auch dadurch von dem im vorhergehenden Satze enthaltenen, dass es ein zufälliges Ereignis ist, während jener, wie der Satz aus der l. 1 D. 19. 3, Willensäusserungen enthält.

Stimmen die beiden Willensäusserungen überein? Aeusserlich nicht. Denn während dort die Sache „vendenda" gegeben wird, fehlt dieser Zusatz hier, wohingegen hier wieder zu der beiden Stellen gemein-

samen datio cum aestimatione noch die Abrede: ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum hinzukommt.

Diese Abrede ist in der l. 1 cit. nicht enthalten.

Ist denn aber wohl anzunehmen, dass diese doch unscheinbaren Abweichungen in der äusserlichen Beschreibung der Thatbestände auf eine innere Verschiedenheit deuten? Wieder nach äusserlichen Merkmalen zu rechnen: ja. Denn der eine Thatbestand ist von Ulpian bei der Commodatsklage, der andere bei einer besonderen Klage besprochen; auch die Compilatoren haben den einen Thatbestand eines ganz besonderen Titels gewürdigt, den anderen in einem allgemeinen Anhangstitel untergebracht. Abweichende Entscheidungen finden beide Thatbestände: das wissen wir nur zu gut: entspricht aber die Verschiedenheit der Entscheidungen einigermassen der äusseren Verschiedenheit der beiden Thatbestände?

Scheinbar nicht. Denn hüben, wo die Abrede: ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum ausdrücklich hinzugefügt ist, wird von dem „Trödler" nur in Ausnahmefällen die Gefahr getragen, drüben: facit aestimatio periculum eius, qui suscepit — aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.

Wir vermuten, dass diese merkwürdige Erscheinung: eine Entscheidung des einen Falles, welche ungefähr so lautet, wie eine Voraussetzung des anderen, nicht der geringste Grund gewesen ist, weshalb man noch nie recht an eine Verschiedenheit der beiden Thatbestände hat glauben wollen. Scheinen doch manche Schriftsteller gar nicht im Gedächtnis zu behalten,

dass der Satz: aut igitur ipsam rem u s. w. nicht Inhalt eines Vertrages, sondern ein Teil einer Entscheidung Ulpians ist; so sagt z. B. Wendt:[1]) „Der Schuldner promittiert gleichsam alternativ: aut ipsam rem incorruptam aut aestimationem de qua convenit; so kommen wir denn in der That auf jenes Wort: aestimatio facit periculum eius qui suscepit. Gerade umgekehrt; jenes promittiert der Schuldner nicht; wenn er aber promittiert: aut eadem (margarita) aut pretium eorum adferre, so fällt die Entscheidung ganz anders aus. —

Ist es nun aber denkbar, dass Ulpian zu den beiden verschiedenen Entscheidungen, welche uns vorliegen, auf Grund der beiden Thatbestände, welche wir kennen, gelangen konnte?

Bei der Beantwortung dieser Frage dürfen wir nicht von unserer heutigen Interpretations- und Sprachweise ausgehen, sondern müssen uns ganz in die Verhandlungsart von Römern, in die Interpretationsweise römischer Juristen hineindenken, welche trotz so freier Worte, wie sie Celsus ausspricht, l. 17. D. 1. 3. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem doch auch lehren (Paulus l. 23. D. eodem: —) minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt und (Neratius l. 21 eodem): rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur und (Paulus): cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

Hierbei brauchen wir nur an das Erbrecht, an die Art der Abfassung römischer Testamente, an die Weise,

[1]) a. a. O. S. 387.

wie letztwillige Verfügungen ausgelegt wurden, zu denken, und werden erkennen, dass ein Römer auch aus der Zeit der klassischen Juristen und die klassischen Juristen selbst, was die praktische Anwendung solcher Grundsätze angeht, noch von ganz anderen Anschauungen beseelt waren, als wir es heute sind. Wir müssen bedenken, dass einerseits die römischen Juristen zwar bei weitem nicht von dem reinen Feuer wissenschaftlicher Erforschung des Geistes ihres Rechtes entflammt waren, welches der Stolz unserer modernen Wissenschaft[1]) ist, dass sie aber andererseits einen viel unmittelbareren Einfluss auf die Ausbildung des Rechtes und seine Weiterbildung hatten; wir müssen uns ferner daran erinnern, dass die römischen Laien gewohnt waren, viel genauer ihre juristisch erheblichen Erklärungen den Bestimmungen der Gesetze anzupassen oder in denselben die Schranken der Gesetze zu umgehen, als dieses von unseren heutigen Laien erwartet werden darf. — Wie genau musste, um nur ein Beispiel anzuführen, der noch in klassischer Zeit sich vorsehen, welcher dem einen das Eigenthum einer Sache, dem anderen den vollen Niessbrauch zuwenden wollte?[2]) Wie haben die Römer sonst die aestimatio interpretiert?! Würde es uns beikommen, aus dem Hingeben von Dotalsachen unter einer Schätzung herauszulesen, dass nicht die Dotalsachen, sondern die Schätzungssumme Gegenstand der dos sei?

Wendt giebt der modernen und, wie wir schon oben bemerkten, natürlichen Auffassung Ausdruck, wenn er sagt:[3]) „Falls die voluntatis interpretatio

[1]) vgl. Nitzsch Bd. II S. 21.
[2]) vgl. Dernburg III S. 162.
[3]) a. a. O. S. 387.

nicht zu sichern Anhaltspunkten für eine gesteigerte Aestimationsabsicht zu gelangen vermag, falls nur die Thatsache der Schätzung selbst vorliegt und über ihre Zwecke ein Besonderes nicht ermittelt werden kann, ist an der Schätzung um der Schätzung willen ohne weitergehenden Zweck festzuhalten. Die Römer dachten ganz anders! Wenn bei der Dosbestellung nur die nackte Thatsache der Schätzung vorlag, dann bürdeten sie die Gefahr jedes Zufalls dem Ehemanne auf . . . . dagegen: si autem res in dotem datae fuerint (quamvis) aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur . . . . si nihil de electione adiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre an pretium eorum. Sane et deteriorem factam reddere poterit. (l. 10 § 1—6, l. 11 23. 3.) Dann trug also der Ehemann nur die Gefahr des Unterganges, nicht der Verschlechterung. —

Wir meinen, wer diesen Interpretationsunterschied bei einem dem unsrigen doch immerhin ähnlichen Verhältnisse gelesen hat, der kann nicht umhin, auch hier den ganzen Unterschied der beiden Entscheidungen, wenn irgend möglich, auf jene oben festgestellten Unterschiede in den Thatbeständen zurückzuführen.

Von den neueren Bearbeitern unseres Stoffes sind mehrere dicht vor diesem Schritte stehen geblieben.

Schon Chambon stellt[1]) den Fall der einfachen und den der modificierten aestimatio bei der dos (l. 10 § 4 — l. 10 § 6 D. 23. 3) nebeneinander und Lipp sagt zunächst,[2]) wohl etwas übertreibend: „gerade das charakteristische der aestimatio besteht darin, dass

[1]) a. a. O. S. 25.
[2]) a. a. O. S. 25.

sie bei allen Contracten, wo sie auftritt, den Uebergang der Gefahr auf den Empfänger bewirkt," unterscheidet dann aber auf Grund zahlreicher Stellen, unter welchen er auch, ohne besonderes Gewicht auf sie zu legen, l. 10 § 6 cit. anführt,[1]) ganz richtig den Fall, wo der Empfanger eine aestimierte Sache schlechthin übernommen hat, von anderen Fällen.

Cohn vollends weist darauf hin[2]), dass bei der dos eine venditionis gratia aestimatio Regel sei, und dass, wolle man eine alternative Obligation schaffen, noch ein dahinzielendes pactum abgeschlossen werden müsse. Er beruft sich dabei auf die auch von uns angezogene l. 10 cit.

Anstatt nun aber hier zunächst den Unterschied in der Behandlung der nackten aestimatio und der aestimatio mit einem pactum, ut — aut - aut aufzufassen und zu constatieren, dass sich ganz dieselbe Erscheinung auch im Falle der Hingabe zum Verkaufe finde, verfolgt er weiter die verschiedenen Arten der aestimatio und sucht nachzuweisen, weshalb wohl bei der dos, nicht aber beim Trödelvertrage eine aestimatio venditionis causa die Regel sein könne. - Wir wissen jetzt: es ist gar nichts aussergewöhnliches in Rom, dass auf solche kleinen Unterschiede: eine nackte aestimatio oder eine aestimatio mit Hinzufügung eines pactum: aut rem aut pretium adferre ein so grosses Gewicht gelegt wird, ebenso wie es dort einen himmelweiten Unterschied bedeutete, ob man bestimmte: Titio fundum lego, Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato oder: Titio fundum

[1]) a. a. O. S. 29.
[2]) a. a. O. S. 18.

detracto usufructu lego: Sejo eiusdem fundi usumfructum heres dato.

Ja, gerade bei der aestimatio sind ähnliche Unterschiede sehr häufig.

Auch ausserhalb der dos kommt es vor, dass eine einfache, nackte aestimatio die stärkste Wirkung hat. So knüpft sich z. B. bei der locatio conductio an ein einfaches aestimatum adscribere der Uebergang der vollen Gefahr (l. 54 D. 19, 2) und ebendort (l. 3) wird ein aestimatum accipere von Proculus so interpretiert: id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. Andererseits treffen wir vielfach, wo sich in Verbindung mit aestimatio eine Nebenabrede in Bezug auf die Rückgabe zeigt, eine schwächere und meist zwiespältige, von anderen Nebenabreden oder der interpretatio quid actum sit abhängige Entscheidung an. So muss selbst bei der Nebenabrede: ut tantidem aestimata divortio facto redderes, ausdrücklich mit Beziehung auf Labeo hervorgehoben werden: manere partum eorum apud te, quia et mancipia tuo periculo fuerint: (l. 18 D. 23. 3). Ferner sagt z. B. Papinian in l. 69 § 7. D. 23. 3: Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio centrahitur.

Dazu passt sehr gut endlich die Stelle von Paulus, welche mit l. 17 cit. fast übereinstimmt: Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, wo nachher unterschieden wird: si quidem ego te rogavi-meo periculo perit, si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit. —

Wir glauben festgestellt zu haben, dass l. 1 D. 19. 3 und l. 17 § 1 D. 19. 5 durchaus keine Anti-

nomieen sind, sondern von Ulpian und den Compilatoren als Entscheidungen zweier von ihnen für verschieden angesehener Thatbestände in demselben Werke geschrieben, respektive in demselben Gesetzbuche veröffentlicht sind. Die Verschiedenheit der Thatbestände besteht, um es noch einmal zu sagen, darin, dass hier res aestimata vendenda datur, dort: margarita aestimata dantur, ut aut eadem adferrentur aut pretium eorum, dass also in dem letzten Falle von jenem Thatbestande das vendendum fehlt, während ein besonderes pactum über die Rückgabe noch hinzukommt.[1])

[1]) Wer, wie wir, die Frage für auf diesem Wege gelöst betrachtet, für den fällt ein neues Licht auf einen von Brinz (a. a. O. S. 38.) so sehr gescholtenen, von Chambon (a. a. O. S. 91. vgl. S. 61.) dagegen in gewissem Sinne überschätzten Erklärungsversuch des Glossators Johannes fr. 1 § 1 gl. convenit vel distingue planius secundum Johannem, utrum convenerit de praestanda aestimatione rei aut re. aut etiam de praestandis x aut re. ut in primo habeat locum distinctio legis contrariae etc. Dementsprechend heisst es in der Glosse zu § 28 J. IV 6 bei praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur: Ut, si tibi rem meam do et aestimo tibi eam decem, ut aut rem aut decem reddas: si vero plus vendas, tuum sit, et est tunc periculum accipientis indistincte, ut hic et ff . . . .

Si vero dixi: rem aut aestimationem reddas, tunc distinguitur quis rogaverit.

Die Erzählung der beiden Thatbestände ist ja völlig verkehrt, vielleicht aus dem Grunde, weil auch dem Glossator vorschwebte, es käme auch in l 1 § 1 D 19 3 eine Verabredung mit aut-aut vor. Die Unterscheidung je nach x oder aestimatio ist ja auch ganz verwertlich — aber das wenigstens hat der Glossator, welcher den Römern um beinahe ein Jahrtausend näher steht, als wir, richtig herausgefunden, dass es darauf ankomme, si tibi rem meam do et aestimo tibi eam decem — oder „si vero sic dixi“ etc.

Es giebt Beispiele aus dem römischen Rechte genug dafür, dass die römischen Juristen nur um einer geringen Abweichung zweier Abmachungen gerecht zu werden, abweichende Entscheidungen getroffen haben, weil sie den Laien nicht zutrauten und nicht zuzutrauen brauchten, dass sie irgend etwas ohne Zweck hinzugefügt hätten, und dass andererseits die römischen Laien durch geringe Abweichungen in ihren Erklärungen, welche uns nur äusserlich erscheinen, die Folgen bestimmter Rechtsnormen von sich abzuwälzen wussten.

Wir müssten uns also schlimmsten Falls damit begnügen, die Verschiedenheit der Entscheidungen durch diese Eigenart der römischen Juristen und Laien zu erklären.

Schliesslich wollen wir jedoch den Versuch machen, diese Verschiedenheit auch innerlich, soweit wie möglich, zu ergründen.

Wir sahen oben, dass sich in Rom, jedenfalls zu der Zeit, als das prätorische Edikt abgeschlossen wurde, der Rechtssatz ausgebildet hatte, dass derjenige, welcher eine res aestimata vendenda angenommen hätte, die Gefahr der Sache tragen müsse. Wir haben auch gefunden, dass dieser Rechtssatz nicht ungerecht, jedenfalls aber den Anschauungen der Römer und den politischen und wirthschaftlichen Verhältnissen der Zeit der römischen Republik, soweit uns dieselben, zumal die letzteren, bekannt sind, durchaus entsprechend zu nennen sei.

Wir hatten ferner früher vermutet, dass durch die actio aestimatoria geregelte Verhältnis müsse im späteren Rechtsleben nicht sehr in Blüte gewesen sein, hatten auch später gemerkt, dass schon Ulpian

kein rechtes Verständnis für das Geschäft gezeigt habe, welches, wie uns schien, seinen Ursprung von Verhältnissen zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen herleitete, seine Blüte vielleicht dem Verbote des eigenen Handels verdankte, welches vom Gesetze sowohl als von der Sitte an die herrschende Klasse der römischen Bevölkerung erging.

Das Absterben des Geschäftes und sein Nichtverstandenwerden ergiebt sich vielleicht aus der im Laufe der Zeit erfolgten vollständigen Umkehr dieser wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse.

Unter dem Prinzipate hatte das Bauernvolk von Rom seine herrschende Stellung längst verloren. Jenes Verbot kam im Gesetze, danach sicher auch in der Sitte ab.

Die Grosskapitalisten waren wohl nicht mehr darauf angewiesen, ihre Geschäfte unter der Flagge ihrer Freigelassenen zu betreiben. Dadurch wird das vendendum dare sehr abgenommen haben. Vollends die Norm über die Gefahrtragung, wie sie der Prätor oder wer sonst aufgestellt hatte, kann sehr leicht in einer veränderten Welt kein Verständnis, keine Würdigung mehr gefunden haben. Vielleicht waren diejenigen, welche res aestimatas vendendas accipierten, nicht mehr willig, die Gefahr zu übernehmen, weil sie nicht mehr von den vendendum danres abhängig waren, vielleicht zeigten sich die Richter einer späteren Zeit geneigt, eine mildere Beurteilung eintreten zu lassen, weil sie nicht mehr nur Grundbesitzer waren, sondern vielleicht selbst gelegentlich res vendendas accipierten. Vielleicht hatte es sich schon bald nach der Aufstellung jener Rechtsnorm gezeigt, dass es nicht für alle Fälle angehe, dem

Empfänger die ganze Gefahr aufzubürden. Die einmal feststehende Norm umzuwerfen scheute man sich; die Laien halfen sich, indem sie deren Thatbestand umgingen; einen Zusatz dazu machten, welcher es den Juristen ermöglichte, nicht die Strenge jenes Rechtssatzes walten zu lassen, sondern ihre allgemeinen Grundsätze über Gefahrtragung und Verantwortung zur Geltung zu bringen.

So könnte man sich etwa die Entwicklung denken und dabei noch voraussetzen, dass Ulpian in der l. 17 cit. ein bestimmtes, juristisch sowie wirtschaftlich individuelles Geschäft im Auge gehabt habe.

Dieses anzunehmen ist aber durchaus nicht notwendig, sondern es kann ebenso gut sein, dass der Jurist sich selbst ein incertum als Thatbestand zusammengesetzt hat, welches ihm Gelegenheit gab, die Frage der Gefahrtragung in mehrfacher Art zu beantworten. Vielleicht hat er sich ein propositum schaffen wollen, welches alle die zu seiner Zeit in Flor befindlichen Fälle des vendendum dare überhaupt, also auch den Fall des verschleierten Darlehens mit umfasste[1]). An den Fall der actio de aestimato hat er offenbar nicht mitgedacht, sonst hätte er ihn entweder mit unter seine Einteilung bringen oder als abweichend erwähnen müssen. Der letzte angenommene Fall: si neuter nostrum (rogaverit) sed dumtaxat consensimus würde im besonderen etwa einem solchen Geschäfte entsprechen, wie wir es uns als spätere Gestaltung des „Trödelvertrages“ im römischen Rechte vorstellen. Die Parteien haben gegeneinander dasselbe Interesse, wie bei dem alten rem aestimatam vendendam dare,

[1]) vgl. auch Lipp a. a. O. und Wendt S. 388.

d. h. sie sind beide gleichmässig interessiert. Die Gefahr des Zufalls kann und will man aber nicht mehr dem „Trödler“ aufhalsen; deshalb umgeht man den Thatbestand jener alten Norm, indem man abschliesst: do tibi res aestimatas, ut mihi aut eadem adferas aut pretium eorum. Bei diesem Thatbestande entschied dann der Jurist und sicher auch der Richter die Gefahrfrage so: teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes.

Ob in späterer Zeit überhaupt noch die alte bei der actio de aestimato geltende Rechtsnorm: periculum eius qui suscepit, Gelegenheit gehabt hat, angewendet zu werden, kann man nicht wissen. Abgeschafft worden ist sie nicht. Wenn daher ein „Trödler“ einfach res aestimatas vendendas accipierte, so wird er wohl von dem alten Gesetze getroffen worden sein, und hatte er aus Irrtum so abgeschlossen, so erging es ihm so, wie dem Erblasser, welcher den Niessbrauch unrichtig legiert hatte, von welchem Modestinus sagt: (l. 19 D. 33. 2): errore labitur.

Thesen.

I.

Die actio aestimatoria ist nicht praescriptis verbis.

II.

Brunner hat in seinen Ausführungen über „Das Ämterwesen der lex Salica“ (Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II. S. 149 ff.) die Streitfrage nach dem Wesen des Thunginus und des Sacebaro endgültig entschieden.

III.

Das Reichsgericht bestraft mit Recht den Versuch mit absolut untauglichem Mittel an absolut untauglichem Objekte.

IV.

Nach dem code civil haften mehrere Erben für die Schulden des Erblassers primär nach Erbtheilen, subsidiär auf das Ganze.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Richard Glum, ev. Confession, am 31. Januar 1870 als zweiter Sohn des Königlichen Post-Secretärs a. D. Pius Glum und seiner Ehefrau Josephine geb. Rosenthal zu Materborn bei Cleve. Von Ostern 1878 bis Ostern 1887 besuchte ich das Königliche Gymnasium zu Cleve, studierte von da an bis Herbst 1890 zuerst zwei Semester zu Kiel, dann fünf Semester zu Berlin Rechte und Staatswissenschaft und bestand zu Berlin am 24. November 1890 die erste juristische Staatsprüfung, am 18. Juli 1893 die mündliche Doctorprüfung. Vorlesungen habe ich bei Backhaus, Berner, du Boys-Reymond, Brockhaus, Brunner, v. Cuny, Dernburg, Gierke, Goldschmidt, Hinschius, Hübler, Jörs, Kohler, Lehmann, Mendel, Paulsen, Pernice, Schlossmann, Schmoller, Sering, v. Treitschke und Wagner gehört.

Zu besonderem Danke fühle ich mich ausser dem Herrn Geheimen Justizrath Pernice, dessen Seminar ich besuchen durfte, dem Königlichen Gymnasialdirektor Dr. H. Liesegang zu Cleve verpflichtet.

Dieser hat auch in mir die Freude am Alterthum und insbesondere an der lateinischen Sprache und am römischen Wesen erweckt.